



**ANEXO DE LECTURAS OBLIGATORIAS
TALLER “PRECEDENTES EN MATERIA
LABORAL”**

UNIDAD I: PRECEDENTE EN MATERIA DE JORNADA DE TRABAJO

1. BASUALDO HILARIO, Arturo Francisco (Julio 2012). "*El reajuste automático de la remuneración principal por mandato del Decreto de Urgencia N° 105-2001. Comentarios a la Casación N° 6670-2009-CUSCO*", en Soluciones Laborales N° 55, Gaceta Jurídica, Lima.

SOLUCIONES LABORALES

SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN PARA JEFES DE RECURSOS
HUMANOS, ASESORES LEGALES, ADMINISTRADORES Y GERENTES



SECTOR PÚBLICO

EL REAJUSTE AUTOMÁTICO DE LA “REMUNERACIÓN PRINCIPAL” POR MANDATO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 105-2001

Comentarios a la Casación N° 6670-2009-CUSCO

Arturo Francisco BASUALDO HILARIO^()*

I. El caso

1. Antecedentes del proceso

- a) La señora María Nieves Cruz Loaiza de Campana, quien laboró como profesora, Directora de Centro Educativo, comprendida en la Ley del Profesorado, Ley N° 24029, publicada el 15 de diciembre de 1984, cesó el 31 de marzo de 1987, siendo a partir de esa fecha, pensionista del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530.
- b) La pensionista solicitó a nivel administrativo se proceda al reajuste de su pensión definitiva, en función de la remuneración básica establecida por el Decreto de Urgencia N° 105-2001, y como consecuencia de ello, se proceda a reajustar las bonificaciones personal, diferencial y especiales, así como la compensación vacacional, con los correspondientes reintegros desde el mes de setiembre de 2001, así como el pago de intereses.
- c) Mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 632-2008-GR-CUSCO/PE de fecha 6 de mayo de 2008, se denegó el pedido de

la pensionista, por lo que la demandante, interpuso una demanda de nulidad de acto administrativo, tramitada en la vía de proceso contencioso-administrativo.

2. Pronunciamiento del Poder Judicial

- a) Tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista, declararon infundada la demanda, expresando como principal fundamento que el Decreto Legislativo N° 847, que congeló los montos remunerativos, está autorizando la posibilidad que mediante un Decreto Supremo se incrementen “los montos en dinero de los conceptos señalados” por este, lo que en el presente caso habría sucedido con el monto correspondiente al concepto remunerativo “Remuneración Básica” al darse el Decreto de Urgencia N° 105-2001, incrementando dicho monto, no otro u otros conceptos en la suma de S/. 50.00.
- b) Señalan, además, que el Decreto Supremo N° 109-2001-EF establece en la segunda parte de su artículo 4 que “las remuneraciones, bonificaciones, beneficios, pensiones y en general toda otra retribución que se

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Postítulo en Derecho Procesal Constitucional otorgado por el Tribunal Constitucional y la PUCP. Cursando estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Escuela de Posgrado de la USMP. En la actualidad se desempeña como Asesor del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial –Senati–. Ha sido abogado de la Presidencia del Consejo de Ministros a cargo de los procesos laborales del Despacho Presidencial, la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas –Devida–, y el Instituto Nacional de Estadística e Informática –INEI–.

otorgue en función a la remuneración básica, remuneración principal o remuneración total permanente, continuarán percibiéndose en los mismos montos, sin reajustarse, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 847”, por lo que este último ha congelado los montos correspondientes a los conceptos remunerativos establecidos por el decreto supremo N° 057-86-PCM modificados solo en cuenta a la remuneración básica con efecto en la remuneración principal, mas no con relación a los otros conceptos remunerativos como son las bonificaciones reclamadas por la demandante, por lo que la demanda deviene en Infundada.

c) La demandante, al no encontrarse conforme con las sentencias emitidas, interpone Recurso de Casación, siendo que la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 6670-2009-CUSCO de fecha 06/10/2011, declaró Fundado el Recurso de Casación, y actuando en sede de instancia, declaró Fundada la demanda, ordenando al Gobierno Regional de Cusco, cumpla con efectuar el cálculo de la bonificación personal que determina el artículo 52, tercer párrafo de la Ley N° 24049, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25212, de acuerdo a la remuneración básica señalada en el Decreto de Urgencia N° 105-2001, así como la bonificación diferencial y las bonificaciones dispuestas por los Decretos de Urgencia N°s 090-96, 073-97 y 011-99, y la compensación vacacional a partir de setiembre de 2001. Los principales argumentos de la Corte Suprema para amparar la demanda, son:

- El artículo 52 de la Ley N° 24029, modificado por la Ley N° 25212 y el Decreto de

Urgencia N° 105-2001 prevalecen sobre el Decreto Supremo N° 196-2001, al ser esta una norma reglamentaria de aquella y así también en razón a que toda norma se encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la Constitución.

- El Decreto Legislativo N° 847, emitido en el año 1996, no impide que a futuro se otorguen nuevos incrementos como lo reglamenta el Decreto Supremo N° 196-2001-EF; siendo que el Decreto de Urgencia N° 105-2001 es una norma posterior, dictada bajo los alcances del artículo 118 numeral 19) de la Constitución, teniendo fuerza de Ley.
- d) Finalmente, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, establece expresamente como principio jurisprudencial vinculante, el siguiente: “Para determinar la remuneración personal prevista en el artículo 52 de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado modificada por la Ley N° 25212, aplicable a los profesores que se desempeñan en el área de la docencia y los docentes de la Ley N° 24029 debe aplicarse en base a la remuneración básica de cincuenta nuevos soles (S/. 50.00), determinada en el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 105-2001 y no con las limitaciones que establece el Decreto Supremo N° 196-2001-EF, que igualmente no resulta aplicable al ser una norma de inferior jerarquía”.

II. Delimitación

La sentencia casatoria, materia de comentario en esta oportunidad, engloba una gama de aspectos, que claramente se circunscriben en el ámbito del Derecho Constitucional, Administrativo, Laboral y Previsional; sin embargo, vamos a referirnos a un análisis desde el Derecho Constitucional. Para ello, previamente, será necesario hacer un breve correlato de las principales normas que han venido regulando los conceptos remunerativos aplicables a los profesores sujetos a la Ley del Profesorado N° 24049, para poder entender cómo el Poder Político haciendo uso indebido de un mecanismo legal, como es la emisión de un Decreto Supremo, pretendió limitar las mejoras económicas que debió representar el incremento de la remuneración básica de S/. 0.05 a S/. 50.00 en el año 2001.

Seguidamente, nos referiremos a la vigencia del Decreto Legislativo N° 847, mediante la cual se congeló los montos de los conceptos remunerativos entregados a los trabajadores públicos. Seguidamente, analizaremos el ejercicio del control difuso, por parte de la Corte Suprema. Seguidamente analizaremos una Resolución emitida por la Primera Sala del Tribunal de Servicio Civil, referente a la aplicación del Decreto Supremo N° 196-2001-EF, como límite al cálculo de otros beneficios laborales, haciendo referencia a la posibilidad que dicho Tribunal pueda ejercer control difuso; finalmente procederemos a esbozar las principales conclusiones obtenidas.

III. Reseña normativa de la remuneración en el caso de los profesores sujetos a la Ley del Profesorado - Ley N° 24029

A nivel del Sector Público en la década de los ochenta existía una marcada diferencia en las remuneraciones

percibidas por los trabajadores estatales, pues si bien podían contar con el mismo nivel, muchas veces sus remuneraciones eran diferentes, siendo que tales diferencias eran más evidentes, cuando se compraran diferentes planillas sectoriales entre sí, por lo que era necesario y urgente establecer mecanismos que permitiesen sentar una base que ordene el marco remunerativo estatal. En ese sentido, la Constitución Política de 1979, en ese entonces vigente, disponía en su artículo 60 lo siguiente: “Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado. La más alta jerarquía corresponde al Presidente de la República. A continuación, a senadores y diputados, ministros de Estado y magistrados de la Corte Suprema”.

A partir de la disposición constitucional citada, se pretendió construir el camino normativo que permitiese ordenar no solo el aspecto remunerativo, sino además, buscó establecer un sistema único integral, partiendo desde el ingreso, promoción y cese del personal al servicio del Estado; por ello, acertadamente el profesor Marcial Rubio Correa⁽¹⁾ sostuvo que tal reordenamiento y fijación de parámetros del servidor estatal parte de contar como componente primordial al concurso de méritos, tendiente a la elección de los más capaces para ejercer dichas plazas.

En el año 1984, se emitió el Decreto Legislativo N° 276 “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público” y posteriormente su reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, estableciéndose el concepto de grupos o segmentos ocupacionales, fijándose además los niveles o grados que los servidores profesionales, técnicos o auxiliares, podían alcanzar dentro de su grupo, estableciéndose los denominados “escalafones”.

El caso de los profesores, la Ley del Profesorado N° 24029 modificada

por Ley N° 25212, establece en su capítulo XII el tratamiento remunerativo, estableciendo como principales características, la prevalencia del principio de igualdad de remuneraciones en la medida en que se reúnan las mismas condiciones, promoción del monto salarial en línea directa al ascenso en la carrera, así como la prohibición de reducir las remuneraciones básicas⁽²⁾.

Mediante Decreto Supremo N° 057-86-PCM, se estableció el inicio de la aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones, Beneficios y Pensiones para los funcionarios y servidores de la Administración Pública, el mismo que alcanzaba a todos los funcionarios y servidores del Estado con excepción del personal de la Fuerza Armada, Fuerzas Policiales y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Este decreto supremo establece en su artículo 3, la estructura inicial de Sistema Único de Remuneraciones, de la siguiente manera:

REMUNERACIÓN PRINCIPAL	- Remuneración básica - Remuneración reunificada
TRANSITORIA PARA HOMOLOGACIÓN	
BONIFICACIONES	- Personal - Familiar - Diferencial
BENEFICIOS	- Asignación por cumplir 25 y 30 años de servicios - Aguinaldos - Compensación por tiempo de servicios

Con la dación del Decreto Supremo N° 051-91 PCM, vigente desde el 7 de marzo de 1991), se estableció las siguientes remuneraciones:

- REMUNERACIÓN TOTAL	Remuneración total permanente más adicionales
- REMUNERACIÓN TOTAL PERMANENTE	- Remuneración principal - Bonificación personal - Bonificación familiar - Transitoria para homologación - Bonificación por refrigerio y movilidad
- REMUNERACIÓN PRINCIPAL	Básica + Reunificada

En el año 1996 se expide el Decreto Legislativo N° 847, el cual tuvo por finalidad congelar los montos previstos para los conceptos remunerativos, así dispuso en su artículo 1 que: “las remuneraciones, bonificaciones, beneficios, pensiones y en general, cualquier otra retribución por cualquier concepto de los trabajadores y pensionistas de los organismos y entidades del Sector Público, excepto gobiernos locales y sus empresas, así como los de la actividad empresarial del Estado, continuarán percibiéndose en los mismos montos en dinero recibidos actualmente”; asimismo, deja abierta la posibilidad de que los montos en dinero de los conceptos señalados, serían previstos mediante decreto supremo expedido por la Cartera de Economía y Finanzas.

En el año 2001, mediante Decreto de Urgencia N° 105 -2001, se fijó en la cantidad de S/. 50.00 la remuneración básica⁽³⁾, reemplazando a la anterior que era de S/. 0.50. Asimismo,

- (1) RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución peruana*. 2ª edición, Mesa Redonda Editores, Lima, 1984, p. 67.
- (2) Artículo 46.- Las remuneraciones al profesorado al servicio del Estado se otorgan teniendo en cuenta los siguientes criterios:
A igual nivel y jornada laboral, igual remuneración básica;
Aumento proporcional de las remuneraciones por niveles superiores y ascensos en la carrera; y.
Las remuneraciones básicas no son objeto de disminución.
- (3) Artículo 1.- Fijan Remuneración Básica (*)
Fijese, a partir del 1 de setiembre del año 2001, en Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 50,00) la Remuneración Básica de los siguientes servidores públicos:
a) Profesores que se desempeñan en el área de la docencia y Docentes de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado, Profesionales de la Salud de la Ley N° 23536 - Ley que establece normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de salud, Docentes Universitarios comprendidos en la Ley N° 23733 - Ley Universitaria, personal de los centros de salud que prestan servicios

en el mismo Decreto se reajustó la remuneración principal y el otorgamiento a favor de los pensionistas del Decreto Ley N° 19990 y el Decreto Ley N° 20530⁽⁴⁾. Dicho otorgamiento no solo fue para los docentes, sino también para otros sectores públicos.

Posteriormente, el 20 de setiembre de 2001, se expide el Decreto Supremo N° 196-2001-EF, por el cual se hacen precisiones al artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 105-2001, estableciéndose que: “la remuneración básica fijada en el Decreto de Urgencia N° 105-2001 reajusta únicamente la remuneración principal a la que se refiere el Decreto Supremo N° 057-86-PCM. Las remuneraciones, bonificaciones, beneficios, pensiones y en general toda otra retribución que se otorgue en función a la remuneración básica, remuneración principal o remuneración total permanente, continuarán percibiéndose en los mismos montos, sin reajustarse, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 847”.

IV. Sobre la vigencia del Decreto Legislativo N° 847

Un elemento primordial que a nuestro entender debió efectuar la Corte Suprema, es establecer la vigencia del Decreto Legislativo N° 847, el mismo que propiamente estaba destinado a congelar los montos dinerarios previstos para los conceptos remunerativos. Al respecto, consideramos necesario partir de señalar que en nuestro sistema de fuentes del derecho, el decreto legislativo tiene como autor al Poder Ejecutivo, autoría ejercida en calidad de legislador delegado, toda vez que es necesario que el Legislativo le otorgue tal facultad, delimitando el ámbito materia de regulación y el tiempo previsto para ello, debiendo darse cuenta de ello al Congreso para su revisión⁽⁵⁾. En el caso que nos ocupa, el Decreto Legislativo N° 847, fue expedido al amparo de la Ley autoritativa

N° 26553, por la cual se le otorgaba el plazo de 360 días para expedir decretos legislativos a fin de implementar un proceso de modernización integral en la organización de las entidades que lo conformaban.

Por su parte, mediante los decretos de urgencia, el Presidente de la República puede dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso⁽⁶⁾. En el caso que nos ocupa, el Decreto de Urgencia N° 105-2001 justificó su expedición argumentando la importancia del servicio público que prestan los servidores a cargo del Estado en los sectores de educación, salud, defensa e interior y de las universidades nacionales y pensionistas de los regímenes previsionales 20530 y 19990.

A este punto consideramos necesario señalar que ni el Decreto Legislativo N° 847 ni el Decreto de Urgencia N° 105-2001, cumplían a cabalidad los requisitos que determinaban su constitucionalidad; sin embargo, por no ser este el objeto del presente trabajo, omitiremos hacer mayores comentarios al respecto. Sin embargo, existe la premisa que teniendo presente que el artículo 1 del Decreto

Legislativo N° 847 establece el congelamiento de las remuneraciones y demás beneficios que percibían los servidores del Estado, habría quedado derogado, con la emisión del Decreto de Urgencia N° 105-2001, que teniendo rango de Ley al igual que el decreto legislativo, dispuso el incremento a S/. 50.00 de la remuneración básica, es decir, dispuso algo contrario a otra norma con igual rango. Para dilucidar esta posición, es necesario recurrir al principio de posterioridad, el mismo que a decir del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en El Expediente N° 00047-2004-PI/TC, debe ser entendido como una regla por la cual “una norma anterior en el tiempo queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de ulterior vigencia en el tiempo. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil”.

De lo señalado, se podría advertir la derogación tácita del Decreto Legislativo N° 847, sin embargo, consideramos que ello no es así, en la medida en que el Decreto de Urgencia, a diferencia del anterior, no

vinculados directamente a las atenciones asistenciales médicas así, como miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional desde el grado de Capitán hasta el último grado del personal subalterno o sus equivalentes.

b) Servidores públicos sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, cuyos ingresos mensuales en razón de su vínculo laboral, incluyendo incentivos, entregas, programas o actividades de bienestar que se les otorguen a través del Cafae del Pliego, sean menores o iguales a S/. 1 250,00 (*) artículo precisado por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 196-2001-EF, publicado el 20/09/2001.

(4) Artículos 4 y 5 del Decreto de Urgencia N° 105 -2001.

(5) Constitución Política
Artículo 104.

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

(6) El inciso 19 del artículo 118 de la Constitución establece que corresponde al Presidente de la República:

Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

es de carácter general, por cuanto, como hemos señalado, su alcance únicamente abarca a los sectores de educación, salud, defensa e interior, universidades nacionales y pensionistas de los regímenes previsionales 20530 y 19990.

Inclusive, el propio Tribunal Constitucional, a la fecha viene pronunciándose sobre el Decreto Legislativo N° 847, si bien es cierto, no hace referencia expresa a su vigencia, su invocación, tácitamente afirma su vigencia. Así, por ejemplo, en sendos procesos de amparo donde se discute el monto otorgado por concepto de Seguro de Vida del Personal de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a cargo del Estado⁽⁷⁾, enfatizó la aplicación del Decreto Legislativo N° 847, únicamente para efectos retributivos. Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01761-2011-PA/TC (caso Abarca Janampa), estableció que “importa recordar que el Decreto Legislativo N° 847 es de aplicación solo para el pago de los conceptos retributivos que perciben los trabajadores y pensionistas de los organismos y entidades del Sector Público y no para el pago de obligaciones de naturaleza indemnizatoria, como la que se reclama en el presente caso”. Por lo tanto, consideramos errado sostener que el Decreto Legislativo N° 847 esté derogado, por mucho que su contenido nocivo y perjudicial para los servidores estatales, no sea del agrado de muchos, debe reconocerse su vigencia, hasta que no exista una Ley que exprese, o tácitamente la derogue en su totalidad.

V. Ejercicio válido del control difuso

Históricamente el control difuso sobre la constitucionalidad de las leyes o *judicial review* se origina con el caso *Marbury vs. Madison* a inicios del siglo XIX con el famoso, donde el juez, John Marshall, por primera vez inaplica una ley federal

bajo la consideración de que ella se encuentra en contradicción con la Constitución.

En ese sentido, nos apegamos a la posición de quienes identifican la idea base del control difuso y legalidad de normas, puesto que el último cometido siempre será garantizar la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico. Por ello, ante las instancias jurisdiccionales este control se denomina “difuso” o de “legalidad”, si es que de lo que se trata es garantizar la primacía de la Constitución frente a la ley o a una norma infralegal.

No queda duda alguna que nuestro país está constituido como un Estado de Derecho Constitucional, teniendo como nuestra fuente normativa primigenia a la Constitución Política, la misma que es el principio y fundamento de toda norma legal. Ello, es la génesis del principio de supremacía Constitucional al que nos encontramos obligados a respetar y acatar. Como bien señala, Rivera Santibañez⁽⁸⁾, “el principio de supremacía de la Constitución constituye una garantía de equilibrio en el ejercicio del poder político y de los derechos fundamentales de la persona, por cuanto obliga a todos –gobernantes y gobernados– a encuadrar sus actos, decisiones o resoluciones a la Constitución”. Por su parte, Castillo Córdova⁽⁹⁾, válidamente afirma que la normativa de la Constitución emana del principio de supremacía constitucional y de los mecanismos de control, especialmente del jurisdiccional, que ella misma ha previsto para garantizar dicha supremacía.

A su vez del principio de supremacía constitucional se deriva o concurre el principio de jerarquía normativa. En ese sentido, la sentencia

casatoria recurre tanto al artículo 51 de la Constitución Política, en el que se regula el principio de jerarquía normativa disponiendo que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”; asimismo, recurre al artículo 138 de la Constitución en el que se establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Entonces queda claro que en el presente caso, si bien en cierto no se señala de manera expresa, la Corte Suprema para dilucidar la existencia de una infracción normativa al conocer del recurso casatorio, ha procedido a efectuar un control difuso sobre el Decreto Supremo N° 196-2001-EF, inaplicándolo, para dar plena validez al Decreto de Urgencia N° 105-2001 y su aplicación a los conceptos remunerativos previstos en el Decreto Supremo N° 057-86-PCM.

VI. Pronunciamiento del Tribunal del Servicio Civil en relación con la remuneración principal prevista en el Decreto de Urgencia N° 105-2001 y la aplicación del Decreto Supremo N° 196-2001-EF

En el portal web de Servir, hemos podido apreciar que el Tribunal del Servicio Civil, viene aplicando el Decreto Supremo N° 196-2001-EF,

(7) Regulado por el Decreto Supremo N° 009-93-IN.

(8) RIVERA SANTIBÁÑEZ, José A. “Supremacía constitucional y sistemas de control”. En: *Derecho Procesal Constitucional*. Susana Castañeda Otsu-coordinadora. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo de 2003, p. 20.

(9) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo II, 2006, pp. 879-901.

en cuanto a su enunciado prohibitivo de aplicar la remuneración básica de S/. 50.00, para el cálculo de otros beneficios; así por ejemplo, en un caso en el que se solicitaba el reintegro de la compensación por tiempo de servicios, mediante Resolución N° 3159-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 19/04/2011 recaída en el Expediente N° 664-2010-SERVIR/TSC (Impugnante Herrera Guardia), declaró Infundado el Recurso de Apelación, sustentando su decisión en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 196-2001-EF, señalando que: “Se debe desestimar el argumento del impugnante para cuestionar la base para el cálculo de su CTS, toda vez que para la determinación de dicho beneficio resulta de aplicación la ‘remuneración principal’ no debiendo considerarse como remuneración básica el incremento otorgado mediante Decreto de Urgencia N° 105-2001”.

Consideramos errada la posición del Tribunal del Servicio Civil, toda vez que en tanto órgano colegiado era plenamente viable que pudiera ejercer el control difuso al igual que lo hizo la Corte Suprema, máxime, si dicha atribución ha sido prevista por el Máximo Intérprete de la Constitución Política. Así tenemos que en el precedente vinculante, establecido en la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlenque), estableció como regla sustancial que: “Todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos

38, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.

Si bien es cierto, existe una corriente que critica negativamente que los tribunales administrativos puedan ejercer control difuso, lo real y concreto es que no existe una sola disposición constitucional que niegue a los entes administrativos ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa; por el contrario, a tenor de lo previsto en el artículo 38 y 51, su ejercicio goza de respaldo constitucional, por ello, consideramos que el control difuso por parte de los órganos administrativos, tienen un fin lícito, al ser su finalidad, garantizar el carácter fundamental y supremo de la Constitución, al interior de un procedimiento administrativo. En suma, con esta posibilidad de control, no se busca otra cosa más que asegurar la eficacia directa e inmediata de la Constitución en pro de los administrados.

Conclusiones

- Desde la implementación del mandato constitucional previsto en el artículo 60 de la Constitución Política de 1979, se han expedido una serie de normas, que en la actualidad configuran una suerte de errores en su aplicación, por la incertidumbre de su vigencia, lo que hace necesario, la revisión de cada uno de estos dispositivos legales, y sin modificar o suprimir sus

alcances económicos, deberían ser reunificados.

- La Corte Suprema ha aplicado control difuso sobre el Decreto Supremo N° 196-2001-EF, en respeto y resguardo de lo previsto en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política, garantizando los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa.
- La Corte Suprema ha establecido con carácter vinculante que el artículo 52 de la Ley N° 24029, modificado por la Ley N° 25212 y el Decreto de Urgencia N° 105-2001 prevalecen sobre el Decreto Supremo N° 196-2001, por lo que la remuneración personal prevista en el artículo 52 de la Ley N° 24029 debe aplicarse con base en la remuneración básica de cincuenta nuevos soles (S/. 50.00), determinada en el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 105-2001. Tal incremento es aplicable al personal activo como cesante, tanto del Decreto Ley N° 20530 como del Decreto Ley N° 19990.
- El Decreto Legislativo N° 847 se encuentra vigente al no haber sido derogado expresa ni tácitamente por el Decreto de Urgencia N° 105-2001, por cuanto, este último no es de alcance general, como sí lo es el primero.
- El Tribunal del Servicio Civil, conforme a lo previsto en el precedente vinculante establecido en la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlenque), está obligado a ejercer el control difuso de las normas, caso contrario, estaría contraviniendo los artículos 38 y 51 de la Constitución Política.



SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PÚBLICO

LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS A TRAVÉS DEL CAFAE

Un ejemplo de lo que no se debe hacer en materia de servicio civil^(*)

*Manuel MESONES CASTELO^(**)*

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente artículo el autor realiza un análisis crítico sobre los beneficios que a través de los Comités de Administración de Fondo de Apoyo y Empleo (Cafae) se otorgan a los servidores públicos en el marco de su prestación de servicios con el Estado.

Introducción

Trabajar en el Estado –por lo menos en el Perú– es una labor que requiere una profunda vocación.

Como veremos a lo largo de este documento, la débil institucionalidad de la burocracia estatal, la intromisión política sin sustento técnico, la prevalencia de criterios presupuestales en desmedro del cumplimiento de derechos laborales, así como el debilitamiento de la carrera administrativa, han generado que el servicio civil resulte una labor inestable donde las reglas para el acceso, progresión, gestión de personal y retribución económica (cuando existen), varían según la coyuntura política o económica.

Precisamente este documento busca analizar la forma en la que el Estado ha venido “tercerizando” el ingreso real de los servidores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 a través de los Comités de Administración de Fondo de Apoyo y Empleo - Cafae.

Alguna vez leí que escribir un documento sin contextualizarlo, es como ingerir un alimento que no llega al estómago sino que se fuga o desvanece por vías extrañas a las que procesan y elaboran la digestión. Siguiendo el mismo ejemplo, cualquier texto que no explique el entorno de los hechos que se narran equivale a extraer las sustancias nutritivas para el organismo sin que el alimento aporte a la vida, a la **salud**, al fortalecimiento y recuperación energética del cuerpo u organismo.

De igual manera, creo que no serviría de nada describir los incentivos económicos que perciben los servidores públicos a través de los Cafae sin explicar el contexto donde nace y evoluciona este fenómeno –y sobre todo– si no se aprende la lección que solo en un organismo absolutamente debilitado (como el Estado peruano de inicios de los años noventa) se puede permitir que cerca de 168,000 servidores públicos perciban ingresos que representan entre 50% y 80% del ingreso real mensual y que no se encuentran grabados con impuesto a la renta o contribución alguna, no están afectos

(*) “Hay una misión o un mandato que quiero que cumplan. Es una misión que nadie les ha encomendado, pero que yo espero de ustedes, como maestros, se la impongan a sí mismos: despierten en sus alumnos el dolor de la lucidez. Sin piedad. Sin límites”. **Adolfo Aristarín / Kathy Saavedra** (Fragmento de *Lugares Comunes* interpretado por **Federico Luppi** en el papel de **Fernando**).

(**) Jefe de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir). Abogado especialista en gestión de recursos humanos en el Estado.

a las contribuciones al fondo de pensiones, tampoco aportan a la seguridad social en salud, no son tomados en cuenta para el periodo vacacional ni para la compensación por tiempo de servicios y, sobre todo, que al interior de cada sector y de cada nivel de gobierno no existen criterios uniformes para su otorgamiento.

I. La institucionalidad de la carrera pública en el Perú

1. A qué nos referimos con “organismo absolutamente debilitado”

Para explicar dicha afirmación es importante señalar que la carrera pública en el Perú (como en la mayoría de los Estados) se origina en una norma, estatuto o ley que regule el acceso, progresión, niveles, evaluación, grupos ocupacionales, derechos, deberes de los servidores y salida del cuerpo o carrera a la que están adscritos los servidores públicos. Asimismo, tan fundamental como una ley de carrera es el organismo público dedicado a la gestión, monitoreo y regulación de la carrera.

En el Perú, el origen de la carrera pública data del año 1950 cuando se promulga el Decreto Ley N° 11377 que crea el escalafón del servicio civil. Conjuntamente a la carrera se crea el Consejo Nacional del Servicio Civil y posteriormente, en el año 1968 se crea la Escuela Superior de Administración Pública (con el Decreto Ley N° 17297). Luego, en el año 1973 se crea el Instituto Nacional de la Administración Pública - INAP y con la Ley N° 23333 de 1981 (que modifica el Consejo Nacional de Servicio Civil) se le otorga a dicho Consejo la función de resolver los conflictos entre los servidores del Decreto Ley N° 11377 (es decir, adquiere funciones de un tribunal administrativo).

Como veremos más adelante, los Cafae nacieron en los años setenta, como herramientas de bienestar de los trabajadores y sus familias dentro de las

políticas de gestión de personal del régimen de la carrera administrativa.

Hasta aquí podemos resumir que la construcción de una carrera pública en el Perú y de instituciones que le den soporte recién se inicia en los años cincuenta y se fortalece durante los años setenta. Asimismo, se implementa un ente rector, una escuela de administración pública, un órgano resolutorio de controversias y políticas de bienestar para los servidores públicos.

La promulgación del Decreto Legislativo N° 276 “Ley de Bases de la Carrera Administrativa” en el año 1984 no modificó la estructura básica del sistema de recursos humanos, toda vez que siguió basándose en una ley de carrera como marco normativo general, con un ente rector (el INAP), un Tribunal del Servicio Civil para resolver conflictos de los servidores públicos, una Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y los Cafae como instrumento de bienestar del personal y sus familiares.

2. La crisis institucional de los años ochenta

Recordar la crisis vivida durante la década de los ochenta y las acciones adoptadas para corregirla de comienzos de los años noventa tiene por única finalidad contextualizar la evolución y degradación de los Cafae de manera paralela al debilitamiento de la institucionalidad estatal y, en particular, a la relacionada con la gestión de los recursos humanos en el Estado peruano.

Para los que no vivieron o ni leyeron esa parte de nuestra historia, debemos recordar que a comienzos de los

años noventa, la sociedad y el Estado peruano se encontraban en una profunda crisis económica en la que resaltaba una inflación descontrolada, la ausencia de reservas internacionales y la calificación internacional de “inelegibles” para acceder a créditos internacionales. Todo ello en un contexto mucho más amplio de caos, donde la sociedad peruana se encontraba inmersa en una guerra interna contra el terror y el Estado peruano se mostraba cada vez más débil para enfrentar exitosamente los problemas del país.

Este documento no pretende transformarse en un análisis sociológico o histórico de la crisis del Estado peruano. Tampoco pretende validar documentos como el Informe de la Comisión de la Verdad cuyo contenido desborda los modestos objetivos de este artículo. Sin embargo, es imposible analizar la debilidad de la institucionalidad del Estado (incluso cuando solo se enfoca al Estado como el gestor de sus propios recursos humanos), sin contextualizar ese proceso dentro de la crisis y violencia que vivió nuestro país durante la década de los ochenta. Por eso, es que me permito comentar un extracto del Informe de la Comisión de la Verdad contenido en el “Tomo I Primera Parte: el proceso, los hechos, las víctimas”.

En dicho documento se hace un recuento de los periodos de violencia que vivió el Perú, y en él se puede apreciar que el Estado peruano siempre tuvo una baja presencia en el país. Solo a partir de los años setenta el Estado asume roles en la economía y en sociedad, pero sin consolidar su fortalecimiento y presencia en el interior del país⁽¹⁾.

(1) “CAPÍTULO 1
LOS PERIODOS DE LA VIOLENCIA
(...)
1.3. ANTECEDENTES
(...)”

El Estado, que había sido sumamente débil en el país, registró una expansión acelerada en la segunda mitad del siglo veinte, especialmente durante la década del setenta. La renovada presencia estatal en

Es precisamente por esa debilidad intrínseca del Estado que durante los años ochenta se ingresa a una espiral de acrecentada violencia interna, que devela la incapacidad del Estado para resolver sus propios problemas. Es evidente que ese contexto, la debilidad estatal también se viera reflejada en su organización y –peor aun– en las formas en que gestionaba su personal administrativo.

Todo Estado –en mayor o menor medida– tiene distintos roles según la actividad o funciones que desarrolla. Entre 1980 y comienzos de la década de los noventa, la poca efectividad del Estado se apreciaba en todos y cada uno de los roles que asumía: El Estado empresario, el Estado vigilante o fiscalizador, el Estado gendarme, el Estado prestador de servicios públicos, el Estado gestor del aparato público y por supuesto, el Estado empleador tenían funciones y atribuciones regladas por Ley pero que en la práctica carecían, no se cumplía o no contaban con los recursos mínimos para atender las necesidades de los ciudadanos.

La percepción de la ciudadanía e incluso de los mismos servidores públicos respecto al Estado empleador era la de un ente inoperativo, sobredimensionado, politizado hasta perder su institucionalidad y demasiado oneroso para la poca efectividad y legitimidad de su accionar.

3. Las medidas adoptadas a principios de los años noventa

Es precisamente en dicho contexto que entre las primeras medidas que adopta el Gobierno a partir de agosto de 1990 fue la de dejar sin efecto los nombramientos y ascensos realizados en abril de ese año⁽²⁾, se suspendieron los nombramientos o ascensos en la administración pública, se suspendieron los incrementos o la indexación de salarios y se inició un proceso de reingeniería en la mayoría de las entidades públicas⁽³⁾.

En ese sentido, la crisis Estatal permitió que prevalezcan criterios presupuestales que en la práctica implicaban la paralización de la carrera pública, donde el Estado: i) dejaba

de incorporar personal en cada grupo ocupacional según sus necesidades, ii) dejaba de realizar acciones de progresión para ascender de nivel en nivel dentro de cada grupo ocupacional,

las esferas económica, social y política, alcanzó también a zonas marginales como el área rural andina, escasamente vinculada al Estado si no era a través del servicio militar obligatorio o la escuela primaria. A pesar de ello, la presencia estatal mediante infraestructura o servicios siguió siendo ínfima en dicha zona del país, en comparación con las más urbano costeñas. Un rasgo característico del país ha sido su frágil integración nacional, expresada en la gran fragmentación de sus espacios regionales y la falta de reconocimiento cabal de la diversidad étnica de sus habitantes.

(...).

1.4. LOS PERIODOS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

(...)

Si bien todo esfuerzo de organización temporal supone un margen de arbitrariedad en la selección de los criterios para definir las etapas, la CVR ha optado por construir una periodización que refleje lo ocurrido como parte de un proceso nacional y recupere la secuencia de acontecimientos basados en sus propios hallazgos e investigaciones. De esta manera, se han establecido los siguientes períodos:

1. El inicio de la violencia armada (mayo 1980-diciembre 1982)

Comprende desde la primera acción cometida por el Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso en Chuschi, Cangallo, el 17 de mayo de 1980 hasta la disposición presidencial del 29 de diciembre de 1982 que dispone el ingreso de las fuerzas armadas a la lucha contrasubversiva en Ayacucho.

2. La militarización del conflicto (enero 1983-junio 1986)

Abarca desde la instalación el 1 de enero de 1983 del llamado comando político militar de Ayacucho a cargo del general Roberto Clemente Noel Moral, hasta la matanza de los penales del 18-19 de junio de 1986.

3. El despliegue nacional de la violencia (junio 1986-marzo 1989)

Es la etapa que va desde la mencionada matanza de los penales de junio de 1986 hasta el 27 de marzo de 1989, fecha del ataque senderista, con apoyo de narcotraficantes, al puesto policial de Uchiza en el departamento de San Martín.

4. La crisis extrema: ofensiva subversiva y contraofensiva estatal (marzo 1989-setiembre de 1992).

Se inicia inmediatamente después del asalto senderista al puesto de Uchiza y culmina el 12 de setiembre de 1992 con la captura en Lima de Abimael Guzmán Reinoso y algunos de los principales dirigentes de su organización realizada por el GEIN.

5. Declive de la acción subversiva, autoritarismo y corrupción (setiembre 1992-noviembre 2000)

Este último período comienza con la captura de Guzmán y otros líderes senderistas y se extiende hasta el abandono del país del ingeniero Alberto Fujimori".

- (2) El Decreto Supremo N° 098-90-PCM, dispuso de la suspensión de las normas administrativas emitidas a partir del 1 de abril de 1990 por Ministerios, Instituciones Públicas y Organismos del Poder Ejecutivo que resuelvan acciones de personal, para personal contratado con menos de un año de servicios. La suspensión tenía como objetivo revisar el otorgamiento de pensiones, remuneraciones, compensatorias y demás beneficios que se hubieren otorgado a favor de los funcionarios y servidores públicos que hayan cesado a partir del 1 de abril de 1990, así como revisar e informar respecto de las acciones de personal que se hubieren efectuado al amparo de ley autoritativa. El mencionado Decreto Supremo tuvo como justificación "dictar medidas excepcionales que permitan la revisión y análisis de la problemática descrita, a fin de establecer las acciones correctivas y responsabilidades a que hubiere lugar y, asimismo, confirmar los actos administrativos efectuados de acuerdo a Ley".
- (3) El artículo 70 de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público y el Sistema Empresarial del Estado para 1991 - Ley N° 25293, creó un modelo de prohibición que se ha ido perfeccionando con los años y –en la práctica– suspende por razones presupuestales las normas de carrera. Las prohibiciones son las siguientes:

"a) Efectuar nombramientos de personal y celebrar nuevos contratos de personal bajo cualquier forma o modalidad.

b) Crear, modificar o recategorizar plazas con relación a las que están ocupadas al 31 de diciembre de 1990 en los organismos del Gobierno Central, Instituciones Públicas Descentralizadas y Organismos Descentralizados Autónomos, así como en los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y Sociedades de Beneficencia Pública.

c) Efectuar pagos de remuneraciones en moneda extranjera.

d) Incrementar remuneraciones cualquiera sea la denominación, sistema, modalidad o periodicidad, excepto las remuneraciones personal, familiar y ascensos a plazas presupuestadas, así como las derivadas de pactos colectivos, previstos en el presupuesto correspondiente.

e) Efectuar gastos por concepto de horas Extraordinarias, excepto aquellos orientados a actividades productivas que realicen los organismos del Sector Público.

El citado artículo comprende a todas las acciones de personal que bajo cualquier nomenclatura o denominación y fuente de financiamiento tengan la misma naturaleza de las acciones materia de prohibición.

Las plazas vacantes por efecto de renunciaciones o ceses producidas durante 1991 no podrán ser cubiertas con personal nuevo, con excepción de las designaciones o nombramientos de funcionarios o autoridades en los cargos de confianza".

iii) congelaba salarios; e incluso, iv) inició un proceso de reducción de personal sin que exista una priorización por sectores, niveles o grupos ocupacionales. A partir de criterios estrictamente económicos se suspendieron los principales los elementos que permitían darle continuidad a un sistema de carrera: el ingreso, la progresión, la evaluación, y la salida reglada del régimen.

Como veremos más adelante, los incentivos económicos que se otorgan a través del Cafae constituyen desde inicios de los años noventa hasta la actualidad, la principal fuente de ingresos de los servidores públicos de carrera y contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 y a la vez, una de las pocas (o quizás la única) política remunerativa que ha implementado el Estado peruano en los últimos 20 años. Lo kafkiano de dicho fenómeno es que los incentivos económicos a través de los Cafae son el único modelo de compensación remunerativa que ha sostenido el Estado peruano casi sin variaciones durante dos décadas y **NO TIENE CONTENIDO REMUNERATIVO, NO ES BASE DE CÁLCULO DE NINGÚN BENEFICIO NI DERECHO, E INCLUSO formalmente QUIEN LA OTORGA NO ES EL EMPLEADOR** sino un tercero (el Cafae de cada entidad) que como veremos más adelante, tampoco es parte del Estado sino un tercero bajo la forma de un comité de derecho privado⁽⁴⁾.

Para entender las dimensiones de este fenómeno imaginen por un momento el siguiente escenario: Imaginen que las empresas privadas (minerías, corporaciones industriales, bancos y en general las empresas que uds. quieran imaginar) crearan cada una de ellas una persona jurídica privada sin fines de lucro llamada COMITÉ integrada por funcionarios de la empresa y representantes de sus trabajadores. Ahora imagine que esas empresas (llamémosle empresas financieristas) transfirieran ingentes recursos económicos a sus respectivos COMITÉS con el objeto que dichos ingresos sean

abonados a los trabajadores de la empresa financierista. Ahora imagine que dicho abono (que lo realiza un tercero sin vínculo contractual o laboral alguno con los trabajadores de la empresa financierista) constituye entre el 50% y el 80% del ingreso real de los trabajadores. Finalmente imagine que dichos ingresos no están grabados con impuestos, no son pensionables, no son base de cálculo de ningún derecho, de vacaciones, de subsidios, de contribuciones para la seguridad social, ni puede servir para sumar cualquier otro beneficio.

¿Ud. cree posible un escenario donde las empresas privadas puedan realizar una operación similar sin que el fisco, la seguridad social, los fondos privados de pensiones, los seguros de salud, los sindicatos, los trabajadores y la justicia de un país la cuestionen?

Bueno, en el Perú eso sucede con los servidores públicos desde hace 20 años y es una operación perfectamente legal. Precisamente el objetivo de este trabajo es explicar cómo sucedió y por qué resulta tan difícil corregir ese modelo.

II. Los incentivos económicos otorgados por los Cafae - La evolución normativa

1. Operatividad y alcance de los incentivos económicos

En cualquier contrato o relación contractual de prestaciones recíprocas aquel que presta un servicio tiene derecho a una retribución de su contraparte contractual.

En el régimen laboral de la actividad privada, la remuneración y demás

beneficios derivados de dicha relación se encuentran íntegramente a cargo del empleador y están afectos a diversas cargas y descuentos tributarios, pensionarios, entre otros.

Incluso en los contratos de naturaleza civil, quien contrata a un locador para la prestación de un servicio abona el íntegro de la retribución pactada.

Finalmente, en el régimen de la carrera pública, aun cuando su naturaleza es estatutaria y no contractual, las retribuciones se sustentan en el sistema único de remuneraciones con reglas y montos comunes según el nivel y grupo ocupacional. Sin embargo, precisamente para el personal bajo dicho régimen, a partir del año 1992 se establecieron diversas normas que permitían que un tercero ajeno a la relación de empleo abone mensualmente “incentivos” a los servidores públicos, con recursos transferidos por el Estado, lo que en la práctica implica una tercerización del ingreso mensual.

¿Cómo funciona esta tercerización del ingreso mensual?

El empleador estatal (como todo empleador) abona la remuneración mensual así como aquellos conceptos no remunerativos que forman parte de la planilla única de pagos y del sistema único de remuneraciones aplicable al personal del régimen del Decreto Legislativo N° 276; pero paralelamente al cumplimiento de esa obligación, también transfiere a un tercero (el Cafae) recursos económicos, sin que exista una relación contractual u obligación nacida de prestaciones recíprocas que justifiquen dicho financiamiento.

El Cafae (integrado por representantes de los trabajadores y de la entidad

(4) Según la Directiva N° 001-2002-SUNARP/SN aprobada mediante la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 015-2002-SUNARP/SN, los CAFAEs “se constituyen cada dos años por Resolución del Titular del Pliego; es decir, tienen una duración bianual, transcurrido el cual se extinguen, siendo necesario un nuevo acto constitutivo cada vez que transcurra el plazo aludido, lo cual hace de los CAFAE organizaciones de naturaleza peculiar que se constituyen y se extinguen cada dos años”.

Algunas líneas más adelante, la misma Directiva señala que “los CAFAE son organizaciones peculiares que no constituyen, en estricto, personas jurídicas, y por tanto no cuentan con un Estatuto, sino solo con un Reglamento Interno”.

pública) es una entidad no estatal distinta al empleador; y no obstante dicha personería jurídica distinta “abona” mensualmente a los servidores públicos una suma determinada sin que exista entre El Cafae y el servidor público ninguna relación contractual o la prestación de un servicio que justifique dicho pago.

El hecho es que desde el año 1992 el empleador estatal viene utilizando

a un tercero ajeno a la relación de subordinación con sus servidores, para que abone recursos económicos mensuales, los cuales constituyen en la práctica entre el 19% y 86% del ingreso real de los servidores de los Gobiernos Regionales y el 10% y el 86% en el Gobierno Nacional (según la exposición de motivos del proyecto de Ley N° 647/2011-CR cuyos cuadros 6 y 7 glosa en el presente trabajo).

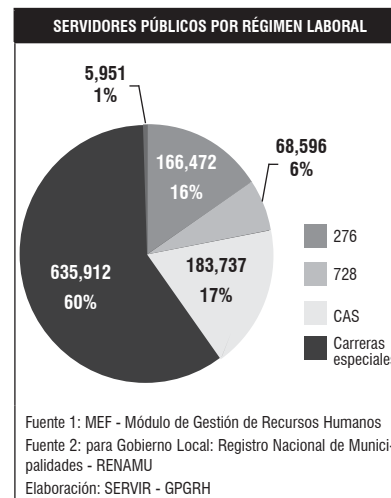
Según información que publica la Autoridad Nacional del Servicio Civil en su portal institucional, del total de 1 060 658 servidores públicos en actividad, solo un 16% del total de servidores públicos se encuentra bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

CUADRO N° 6						
GOBIERNOS REGIONALES: INGRESOS DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO NOMBRADO AÑO FISCAL 2010						
Gobiernos Regionales	Remuneraciones	% del Ing. Total	Cafae	% del Ing. Total	Ingreso Total	% del Ing. Total
465: MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA	889,577	14.0%	5,469,109	86.0%	6,358,686	100.0%
461: GOBIERNO REGIONAL TUMBES	9,919,561	45.4%	11,938,202	54.6%	21,857,763	100.0%
444: GOBIERNO REGIONAL AYACUCHO	25,458,456	47.4%	28,302,019	52.6%	53,760,475	100.0%
454: GOBIERNO REGIONAL MADRE DE DIOS	5,889,925	48.3%	6,315,394	51.7%	12,205,319	100.0%
463: GOBIERNO REGIONAL LIMA	13,344,675	50.3%	13,180,958	49.7%	26,525,633	100.0%
462: GOBIERNO REGIONAL UCAYALI	10,952,669	50.8%	10,607,428	49.2%	21,560,097	100.0%
446: GOBIERNO REGIONAL CUSCO	28,543,550	52.9%	25,415,209	47.1%	53,958,759	100.0%
457: GOBIERNO REGIONAL PIURA	37,286,378	53.6%	32,342,195	46.4%	69,628,573	100.0%
445: GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA	24,732,630	54.1%	21,024,145	45.9%	45,756,775	100.0%
448: GOBIERNO REGIONAL HUANUCO	12,187,669	54.7%	10,081,668	45.3%	22,269,337	100.0%
447: GOBIERNO REGIONAL HUANCAVELICA	13,880,106	56.0%	10,915,815	44.0%	24,795,921	100.0%
442: GOBIERNO REGIONAL APURIMAC	17,810,775	56.1%	13,954,704	43.9%	31,765,479	100.0%
451: GOBIERNO REGIONAL LA LIBERTAD	26,384,403	57.3%	19,674,691	42.7%	46,059,094	100.0%
455: GOBIERNO REGIONAL MOQUEGUA	10,726,547	58.2%	7,694,080	41.8%	18,420,627	100.0%
464: GOBIERNO REGIONAL CALLAO	13,198,891	58.2%	9,466,672	41.8%	22,665,562	100.0%
440: GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS	9,358,920	58.3%	6,691,785	41.7%	16,050,705	100.0%
460: GOBIERNO REGIONAL TACNA	11,187,050	60.7%	7,239,998	39.3%	18,427,048	100.0%
443: GOBIERNO REGIONAL AREQUIPA	28,872,676	61.6%	18,026,735	38.4%	46,899,411	100.0%
453: GOBIERNO REGIONAL LORETO	30,652,102	62.2%	18,665,793	37.8%	49,317,895	100.0%
450: GOBIERNO REGIONAL JUNIN	26,214,491	62.2%	15,943,224	37.8%	42,157,715	100.0%
456: GOBIERNO REGIONAL PASCO	9,634,860	62.2%	5,848,807	37.8%	15,483,667	100.0%
452: GOBIERNO REGIONAL LAMBAYEQUE	22,993,771	62.9%	13,577,289	37.1%	36,571,060	100.0%
449: GOBIERNO REGIONAL ICA	25,285,603	66.2%	12,895,884	33.8%	38,181,487	100.0%
441: GOBIERNO REGIONAL ANCASH	29,753,573	67.1%	14,562,395	32.9%	44,315,968	100.0%
459: GOBIERNO REGIONAL SAN MARTIN	25,000,695	69.7%	10,851,862	30.3%	35,852,557	100.0%
458: GOBIERNO REGIONAL PUNO	44,170,415	80.5%	10,691,324	19.5%	54,861,739	100.0%
	514,329,968	58.7%	361,377,385	41.3%	875,707,353	100.0%

Fuente: SIAF

CUADRO N° 6						
GOBIERNO NACIONAL: INGRESOS DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO NOMBRADO AÑO FISCAL 2010						
Nivel de gobierno	Remuneraciones	%	Cafae	%	Ingreso Total	%
16: ENERGIA Y MINAS	1,279,912	11.9%	9,438,511	88.1%	10,718,423	100.0%
12: TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO	1,548,157	14.3%	9,312,001	85.7%	10,860,158	100.0%
38: PRODUCCION	2,249,350	16.8%	11,123,809	83.2%	13,373,159	100.0%
37: VIVIENDA CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO	955,583	17.7%	4,437,532	82.3%	5,393,115	100.0%
13: AGRICULTURA	1,785,023	18.4%	7,889,949	81.6%	9,674,972	100.0%
39: MUJER Y DESARROLLO SOCIAL	1,923,852	18.5%	8,489,998	81.5%	10,413,850	100.0%
36: TRANSPORTES Y COMUNICACIONES	6,072,482	20.2%	23,995,846	79.8%	30,068,328	100.0%
35 COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO	1,007,142	22.5%	3,467,383	77.5%	4,474,525	100.0%
11: SALUD	38,532,290	28.5%	96,439,049	71.5%	134,971,339	100.0%
03: CULTURA	513,109	30.3%	1,181,414	69.7%	1,694,523	100.0%
09: ECONOMIA Y FINANZAS	13,862,061	34.7%	26,092,167	65.3%	39,954,228	100.0%
05: AMBIENTAL	86,773	37.1%	147,320	62.9%	234,093	100.0%
01: PRESIDENCIA CONSEJO MINISTROS	17,016,544	59.2%	11,729,243	40.8%	28,745,787	100.0%
06: JUSTICIA	78,494,483	74.0%	27,518,207	26.0%	106,012,690	100.0%
07: INTERIOR	34,678,496	75.6%	11,197,127	24.4%	45,875,623	100.0%
22: MINISTERIO PUBLICO	8,300,512	85.5%	1,404,974	14.5%	9,705,486	100.0%
26: DEFENSA	120,817,735	86.8%	18,367,901	13.2%	139,185,636	100.0%
10: EDUCACION	241,504,016	87.5%	34,578,980	12.5%	276,082,996	100.0%
08: RELACIONES EXTERIORES	30,862,011	89.8%	3,494,725	10.2%	34,356,736	100.0%
04: PODER JUDICIAL	2,159,363	100.0%	0.0%	0.0%	2,159,363	100.0%
20: DEFENSORIA DEL PUEBLO	187,720	100.0%	0.0%	0.0%	187,720	100.0%
28: CONGRESO DE LA REPUBLICA	930,117	100.0%	0.0%	0.0%	930,117	100.0%
31: JURADO NACIONAL DE ELECCIONES	1,435,962	100.0%	0.0%	0.0%	1,435,962	100.0%
	606,202,693	66.1%		33.9%		100.0%

Fuente: SIAF



Como se puede apreciar, los efectos de tercerizar el ingreso de los servidores públicos, si bien recae en menos de la quinta parte del total de servidores públicos en actividad, el impacto de dicho modelo puede alcanzar un poco más del 80% del ingreso real, lo que implica que el Estado peruano promueve y legisla para que el 80% del ingreso real de una quinta parte de sus servidores no tenga naturaleza remunerativa, ni tributaria, tampoco sirva de base de cálculo para algún beneficio o derecho previsional o laboral, y mantenga dicha situación durante 20 años sin ningún tipo de cuestionamiento de fondo.

2. La evolución normativa del Cafae

El primer antecedente de una Ley de carrera pública en el Estado peruano es el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil creado por el Decreto Ley N° 11377, que data de junio de 1950.

Mediante Decreto Supremo N° 522 de junio de 1950 se aprobó el Reglamento del Estatuto y Escalafón del

Servicio Civil, en cuyo artículo 108 dispuso que: “Mensualmente se aplicarán sanciones en forma de multas a los empleados que habitualmente dejen de concurrir o llegaren tarde injustificadamente a sus labores. **Las multas constituirán un fondo especial que integrarán la renta de la Cooperativa de la Repartición. Cada repartición dictará las normas pertinentes para la mejor aplicación de lo dispuesto por este artículo**”. Este es el antecedente más antiguo de lo que años después se constituiría en los recursos del Cafae.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 006-75-PM-INAP se aprobaron las normas generales para la aplicación del “Fondo de Asistencia y Estímulo” a las que deben sujetarse los organismos del sector público nacional. La finalidad originaria de dicho fondo fue:

- a) Asistencia familiar mediante donaciones para atender gastos imprevistos no cubiertos por la seguridad social.
- b) Apoyo de actividades de recreación, educación física y deportes, así como artísticas y culturales de los trabajadores y sus familiares.
- c) Premios honoríficos en función de los informes evaluativos semestrales del desempeño del trabajador y de los grupos de trabajo.
- d) Inversiones que pasarán a constituir propiedades de los trabajadores de la Administración Pública, a través de las Asociaciones Civiles que los representen para dicho fin.
- e) Pago de becas de perfeccionamiento o financiación de estudios o tesis profesionales que se refieran a sus respectivas áreas de trabajo o relacionadas con su sector.
- f) Aportes para programas o proyectos conjuntos de dos o más organismos públicos.

“El fondo de Asistencia y Estímulo no puede ser utilizado para financiar aguinaldos, asignaciones o gratificaciones, ni podrá utilizarse duplicando beneficios que el trabajador debe percibir de otras fuentes”.

Como se puede apreciar, este es el primer referente normativo donde se menciona un Fondo de Asistencia y Estímulo a cargo de un Comité de Administración constituido en cada entidad, **de donde surge el nombre de Cafae.**

El Cafae originario de los años setenta no sufre cambios ni tiene mayor regulación durante la década de los ochenta. Aun cuando en el año 1980 se permitió que a través del Cafae se financien aguinaldos, asignaciones y gratificaciones (Decreto Supremo N° 052-80-PCM), dichas acciones eran medidas excepcionales en un contexto en el que incluso las gratificaciones en el régimen laboral de la actividad privada aun no eran un derecho exigible por el trabajador del régimen laboral de la actividad privada⁽⁵⁾.

Es decir, entre el año 1982 y el año 1992⁽⁶⁾ no se modificó sustancialmente la naturaleza de bienestar del Cafae. Es recién con la dación del Decreto Supremo N° 067-92-EF donde se establece que **el Cafae del sector economía y finanzas** podía otorgar estímulos económicos para el personal que voluntariamente laborara fuera del horario de trabajo.

“Artículo 2.- Dentro de los objetivos de asistencia y apoyo a los trabajadores del Sector y destacados en el mismo, se encuentran comprendidas **las entregas que**

puedan efectuarse para estimular la permanencia voluntaria de los mismos en su centro de trabajo fuera del horario normal de trabajo fijado para cada sector, en los casos en que se haya culminado el proceso de reorganización dispuesto por el Decreto Supremo N° 166-91-PCM y normas complementarias”.

Posteriormente con el artículo 2 del Decreto Supremo N° 025-93-PCM se extendió a todos los Pliegos del Gobierno Central e Instituciones Públicas la aplicación de los “estímulos económicos” autorizados por el Decreto Supremo N° 067-92-EF, siempre que sus remuneraciones estuvieran reguladas por las escalas dispuestas en el Decreto Supremo N° 051-91-PCM. En ese sentido, la tercerización de parte del ingreso real mensual de los servidores públicos no debía extenderse a aquellos organismos, entidades y empresas cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la Ley N° 4916 (régimen laboral de la actividad privada de aquellos años).

Como se puede apreciar, es a partir del 14 de mayo de 1992 que los Cafae asumen un rol de agente compensatorio de la política salarial pública, autorizados para otorgar incentivos económicos a los trabajadores públicos regulados por el Decreto Legislativo N° 276 (conceptos que originalmente estaban prohibidos por el último párrafo del artículo 4 del Decreto Supremo N° 006-75-PM-INAP) cuyo impacto, como hemos visto, representan en algunos casos hasta el 80% del ingreso real mensual de los servidores de dicho régimen.

(5) Hasta antes de la promulgación de la Ley N° 25139 del 15 de diciembre de 1989, las gratificaciones constituían prácticas voluntarias de las empresas privadas, las que fueron consolidándose como derechos por fuerza de la costumbre. Es recién con la Ley N° 25139 que se consolida legalmente dicho beneficio.

(6) Fechas en las que el Estado y la sociedad peruana se encontraban en profunda crisis y las prioridades del país no estaban por el lado de la gestión de los servidores públicos ni del fortalecimiento de la carrera pública.

La tercerización del ingreso de los trabajadores del régimen del Decreto Legislativo N° 276 termina consolidándose con los años y alcanza rango de Ley, con la promulgación del Decreto de Urgencia N° 088-2001.

Es el artículo 2 del mencionado Decreto de Urgencia el que permite consolidar, que el Fondo de Asistencia y Estímulo de cada entidad será destinado a brindar **asistencia, reembolsable o no**, a los trabajadores de la entidad, entre las que se encuentra “e) Asistencia económica, incluyendo aguinaldos, **incentivos** o **estímulos**, asignaciones o gratificaciones”.

Es decir, el Cafae puede otorgar prestaciones económicas no reembolsables sin que existan limitaciones para que dichos incentivos o estímulos se transformen en derecho, aun cuando sean permanentes en el tiempo y constantes en el monto.

3. Contexto en el que se inicia la tercerización del ingreso real de los servidores

Todo eso tiene un punto de partida normativo y es el Decreto Supremo N° 067-92-EF (del 14 de mayo de 1992) y extendida por Decreto Supremo N° 025-93-PCM (del 30 de abril de 1993) ambas normas se dan en un contexto político sumamente relevante.

En primer lugar debemos recordar el golpe de Estado de 5 abril de 1992. Dicha acción, además de las connotaciones políticas y constitucionales que no pretendo evaluar en este documento, generó la reorganización de muchas entidades públicas, inclusive de aquellas constitucionalmente autónomas, sin que dicha decisión naciera de una Ley del congreso sino del imperio de un decreto ley emitido por el poder ejecutivo⁽⁷⁾.

Otro hecho relevante es la destitución de los miembros del Tribunal del Servicio Civil dispuesta por el Decreto Ley N° 25450 del 26 de abril

de 1992 cuyos artículos transcribimos a continuación:

“**Artículo 1.-** Cesar, a partir de la fecha, a los miembros del Tribunal del Servicio Civil, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Ley N° 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

Artículo 2.- Disponer una investigación sobre la conducta funcional de los miembros cesados por el Artículo anterior, que durante el ejercicio del cargo hayan ocasionado agravio a los intereses del Estado o terceros”.

Como se puede apreciar, los miembros del Tribunal del Servicio Civil no solo fueron destituidos, sino que por mandato de un escalofriante Decreto Ley, debieron ser investigados por los posibles perjuicios que hubieran ocasionado al Estado.

Finalmente, en diciembre de 1992, la Ley Orgánica del Sector Justicia - Decreto Ley N° 25993 decide eliminar el Tribunal del Servicio Civil y por tanto, el Tribunal descabezado en abril de 1992 fue finalmente excluido de la legislación nacional a finales de ese mismo año.

Lo que podemos concluir hasta este punto es que la tercerización de la retribución mensual de los servidores del régimen del Decreto Legislativo N° 276 a través del Cafae se aprobó en medio de un proceso de

reorganización de todo el Estado luego de un golpe que rompió la institucionalidad democrática; cuando el acceso, progresión, incremento y evaluación de personal sujeto a la carrera administrativa se encontraba suspendida por las normas presupuestales y luego de la desactivación del Tribunal del Servicio Civil (institución que le daba soporte legal a la carrera administrativa).

Tampoco es casualidad que algunos años después, con la Ley N° 26507 de julio de 1995, se desactivara el Instituto Nacional de Administración Pública - INAP y que la Escuela Superior de Administración Pública figurará solo en el papel, sin que opere desde el año 1995.

III. Efectos de la tercerización del ingreso a través de los incentivos económicos otorgados por Cafae

1. Efectos tributarios de la tercerización del ingreso a través del Cafae

La Tercera Disposición Transitoria del Decreto de Urgencia N° 088-2001 señala que los incentivos, entregas, programas o **actividades de bienestar** no se encuentran comprendidos dentro de los conceptos remunerativos que señala el artículo 52 de la Ley N° 27209.

(7) A partir del 5 de abril de 1992 se dieron una serie de medidas como destituciones, despidos, cierre o suspensión de atribuciones por parte de diversos organismos públicos. No es menester de este artículo entrar a un recuento de aquellas medidas, sino simplemente glosar el artículo 2 del Decreto Ley N° 25418 que establece las metas de dicho proceso de reorganización.

“Artículo 2.- Constituye objetivo fundamental del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional la reforma institucional del país, orientada a lograr una auténtica democracia, que eleve sustancialmente los niveles de vida de la población creando las condiciones para una mejor realización de la persona humana.

Dicha reforma busca establecer las siguientes metas:

- 1) Proponer la modificación de la Constitución Política para que el nuevo instrumento resultante sirva de medio eficaz para el desarrollo.
- 2) Moralizar la administración de justicia y las instituciones vinculadas a ella; y el Sistema Nacional de Control, decretando la reorganización integral del Poder Judicial, del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República”.

De igual manera el Decreto Supremo N° 110-2001-EF estableció que los incentivos y/o entregas, programas o actividades de bienestar aprobados en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM **no tienen naturaleza remunerativa**.

Si bien ambas normas señalaban la naturaleza no remunerativa de los incentivos del Cafae, y dado que desde el año 1992 el Estado peruano no realizó descuento alguno por concepto de impuesto de la renta ni cualquier otro tributo, fue necesario que se emitiera una norma de “precisión” que señalara la inafectación de dichos ingresos al impuesto a la renta.

Así tenemos que con el Decreto Supremo N° 170-2001-EF se precisó que los pagos realizados por el Cafae, financiados con transferencias de los organismos públicos establecidas en la ley de presupuesto, **no constituyen renta gravable de quinta categoría**.

¿Es legal que los incentivos que otorga el Cafae mensualmente a los servidores no estén afectos al impuesto a renta?

La respuesta es SÍ. Conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley del Impuesto a la Renta⁽⁸⁾ el impuesto a la renta grava los ingresos que se derivan: i) de la explotación del capital (dinero, bienes, activos, intangibles entre otros, los que están calificados como rentas de 1° y 2° categoría); ii) el trabajo (prestado de manera independiente o subordinados los que calificados como renta de 4° y 5° categoría); y iii) la combinación de ambos conceptos (es decir, los ingresos de las empresas o personas jurídicas en general, calificadas como renta de 3° categoría).

Las rentas derivadas del trabajo supone la existencia de un contrato o una relación de prestaciones u obligaciones recíprocas entre quienes prestan el servicio (o ponen a disposición su fuerza de trabajo), y quienes pagan ese servicio o labor con un

honorario, dieta, remuneración o algún tipo de retribución.

Si la relación no fuera de prestaciones recíprocas sino un acto unilateral en virtud del cual un sujeto entrega bienes o dinero a un tercero sin un contrato que los una o prestaciones que le deban, nos encontraríamos frente a una donación o cualquier otra forma de percepción no prevista por el impuesto a la renta, toda vez que entre ambas personas no se habría cumplido una de las premisas del impuesto a la renta, y es que la renta se deriva de la explotación del trabajo, el capital o ambas fuentes.

Por eso es que los incentivos que se otorgan a través del Cafae no pueden estar afectos al impuesto a la renta, porque el origen de dicho ingreso no es el trabajo del servidor a favor del Cafae, tampoco la participación del servidor en el capital del Cafae, sino la mera tercerización de recursos del empleador que son transferidos a un tercero para que este a su vez lo entregue sin retribución o contraprestación alguna al servidor público.

Por eso también es que la Superintendencia de Administración Tributaria - SUNAT, en la Carta N° 004-2010-SUNAT/2E0000 donde absuelve una consulta sobre los efectos tributarios del Cafae, utilizó el término **“inafecto” o “no afecto”** y no **exonerado** de cargas remunerativas o tributarias, precisamente por la naturaleza misma del concepto. Aun cuando los incentivos constituyen un ingreso

económico no es fuente generadora de renta⁽⁹⁾ porque la razón por la que no está gravado con el impuesto a la renta no es por el simple hecho que una norma lo exoneró expresamente (una norma exonerativa debía tener rango de Ley), sino porque el ingreso no está previsto como fuente generadora de renta gravada con el impuesto a la renta.

Ahora, recordemos que el impuesto a la renta de quinta categoría grava las remuneraciones de los trabajadores, independientemente del régimen laboral o estatutario bajo el que se encuentren. Las tasas del impuesto a la renta se calculan por tramos de 15%, 22% y 30% según la renta anual gravada con el impuesto, menos las deducciones de Ley.

Según la información de la exposición de motivos del proyecto de Ley N° 647/2011-CR contenidos en los cuadros 6 y 7 extraídos para el presente artículo, el Estado peruano abona a los Cafae del Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales no menos de S/. 681'683,520 soles anuales. Considerando que todos esos recursos son integralmente abonados anualmente a los servidores públicos, una primera conclusión a la que podemos arribar sería que el Estado no percibe un solo sol por concepto de impuesto a renta.

Solo a manera de ejercicio y con el único objeto de especular sobre lo que estaría dejando de percibir el fisco por impuesto a la renta,

(8) El artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF señala:

“Artículo 1°.- El Impuesto a la Renta grava:

a) Las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos.

(9) **Rentas Inafectas:**

La inafectación (criterio de no sujeción o exclusión) se relaciona a la renta que no fue incluida dentro de la hipótesis de incidencia del impuesto, en donde en ocasiones se complementa con exclusiones expresas para efectos de precisión o mejor delimitación de lo que no está gravado. Cabe señalar que no es necesario que expresamente se reconozca una inafectación para que esta opere como tal.

Rentas Exoneradas:

Son aquellas que siendo operaciones gravadas que constituyen hecho imponible del impuesto, son sujetas a una dispensa por parte de otra disposición legal.

imaginemos por un momento que los casi setecientos millones de soles anuales que se abonan a los servidores públicos a través del Cafae se abonaran directamente por el empleador y –por tal razón– estuvieran grabados con la tasa del 15% anual del impuesto a la renta⁽¹⁰⁾. Bajo dicho supuesto imaginario, de los S/. 681'683,520 el Estado debería percibir S/. 100'752,528 soles anuales por concepto de impuesto a la renta de quinta categoría.

Evidentemente, puede darse el caso de que muchos de los ingresos que otorga el Cafae sumados a la remuneración que otorga el empleador no alcanzarían el monto mínimo de renta anual gravada⁽¹¹⁾, sin embargo, debe tener en cuenta que también muchos de los ingresos que otorga el Cafae sumados a la remuneración que otorga el empleador podrían estar afectos al impuesto a la renta e incluso con tramos afectos a la tasa del 30% anual. Por eso aun cuando la cifra de más de cien millones de soles es una cifra arbitraria e imaginaria, nos permite tener una aproximación cercana de los efectos tributarios de la tercerización del Cafae⁽¹²⁾.

2. Efectos de la tercerización del ingreso a través del Cafae en la seguridad social en salud

Mediante el artículo 1 del Decreto Supremo N° 135-94-EF se dispuso que las remuneraciones, bonificaciones y asignaciones dispuestas por, entre otros Supremos, el N° 067-92-EF, se encuentran inafectas al descuento por aportaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Como se sabe, las aportaciones al sistema de seguridad social en salud son obligaciones propias del empleador y afectas al 9% de la planilla, sin que existan tramos inafectos a dicha contribución (como en el caso del impuesto de la renta).

Haciendo el mismo tipo de ejercicio realizado para el cálculo del

impuesto a la renta y en el supuesto de que los casi setecientos millones de soles anuales que se otorgan a los servidores públicos a través del Cafae los abonara directamente el empleador, este debería asumir el 9% de la planilla principalmente a EsSalud y excepcionalmente a las Empresas Prestadoras de Salud (EPS), la suma total del aporte debería ser de S/. 6'135,516.80 anuales. Es decir, el modelo de tercerización permite que el sistema de prestaciones de salud deje de percibir del Estado un poco más de seis millones anuales.

Pero ese no es el mayor de los problemas.

Las aportaciones a EsSalud sirven para financiar los subsidios a los trabajadores (públicos o privados) por descansos médicos superiores a 20 días anuales. Dichos subsidios deben ser equivalentes a la remuneración mensual, por lo que los ingresos no remunerativos que percibe el servidor no son base de cálculo para la aportación a EsSalud.

Cuando el servidor o funcionario del régimen del Decreto Legislativo N° 276 se enferma o una servidora se encuentra con descanso pre y post natal, solo puede percibir por concepto de subsidio el monto equivalente a la remuneración mensual que abona el empleador sin que pueda percibir la diferencia que percibe a través del Cafae.

De igual manera, en caso de pensión por invalidez, la pensión se deberá calcular sobre la base de la

remuneración mensual y no sobre el ingreso real (que incluye los incentivos de Cafae) por lo que la pensión se vería reducida respecto al ingreso real mensual del servidor.

En consecuencia, una de los efectos más injustos de este modelo de tercerización del ingreso mensual, es que afecta el ingreso real de los servidores públicos precisamente cuando más lo necesitan, es decir, cuando están padeciendo de una enfermedad, se encuentran “gozando” de su descanso pre y post natal o están incapacitados permanentemente para trabajar.

3. Efectos de la tercerización del ingreso a través del Cafae en el sistema previsional

Uno de los derechos fundamentales de todo trabajador es gozar de una pensión de jubilación que lo sostenga económicamente cuando ya no se encuentre en edad útil para trabajar.

En el Perú las aportaciones a un sistema previsional son obligatorias, siendo opcional elegir entre el sistema público y el sistema privado de pensiones. La tasa de aportación varía entre el 11% y el 13% de la remuneración mensual y el aporte es de cargo del trabajador.

Dado que según el Decreto Supremo N° 110-2001-EF los incentivos y/o entregas, programas o actividades de bienestar aprobados en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM no tiene naturaleza remunerativa (como las que

(10) Reitero que este es un ejercicio meramente especulativo, toda vez que para el cálculo del impuesto a la renta existen deducciones de Ley, ingresos mínimos no afectos a impuestos y tasas diferenciadas por tramos, por lo que aun cuando el monto resultante de este ejercicio no pretende ser exacto, si busca dar una idea de la cifra anual que dejaría de percibir el fisco.

(11) Es decir las siete unidades impositivas tributarias anuales que son deducibles de la renta bruta anual.

(12) No existe información pública sobre lo que cada servidor percibe por concepto de incentivos de Cafae en los tres niveles de gobierno, por eso es que lamentamos recurrir a la imaginación y no a cifras exactas para graficar el impacto tributario de la tercerización del ingreso a través del Cafae.

se abonan a través del Cafae) tampoco están afectas a las aportaciones al sistema de pensiones.

Es decir, por efecto de la tercerización del ingreso real a través de los Cafae, el sistema de pensiones (la Oficina de Normalización Previsional o las Aseguradoras de Fondos de Pensiones) estarían dejando de percibir entre 11% y el 13% de S/. 681'683,520 anuales (aproximadamente unos ocho millones de soles anuales).

A esta cifra habría que reducir las aportaciones que los servidores públicos conscientes de su futuro puedan estar abonando voluntariamente.

Por eso, más allá de la cifra que perciben o dejan de percibir en el sistema de pensiones, este modelo de tercerización del ingreso genera un efecto nocivo en la carrera pública porque desincentiva en los servidores de carrera el cese o la jubilación, porque saben que sus ingresos reales se verían seriamente mermados por dejar de percibir los incentivos de Cafae.

3.1. Otros efectos de la tercerización del ingreso a través del Cafae

Existen una serie de derechos de los servidores públicos que se calculan sobre la base de los ingresos remunerativos. En ese sentido, el hecho que los ingresos reales se tercericen a través de Cafae genera que dichos derechos se vean mermados económicamente.

En consecuencia, el ingreso real de un servidor público no es consecuente con lo que percibe por concepto de Compensación por Tiempo de Servicios, vacaciones, los subsidios de luto y fallecimiento, la bonificación diferencial por encargatura, entre otras bonificaciones propias de la carrera administrativa.

Asimismo, dado que los montos que se otorgan a través del Cafae no son uniformes entre sectores ni entre

niveles de gobiernos, el temor a dejar de percibir el mismo monto de incentivos en otra entidad desincentiva la movilidad y el desplazamiento de personal entre entidades del Estado.

No faltará quien afirme que la tercerización del ingreso real de los servidores públicos constituye un ahorro de recursos para el Estado.

Sin embargo, si vemos este fenómeno desde una perspectiva más amplia, el hecho de que el propio Estado permita y haga legalmente viable la elusión de cargas tributarias, contribuciones previsionales y de seguridad en salud así como de derechos de los servidores públicos, constituye una política estatal de pauperización del empleo público que deslegitima al Estado frente a los empleadores privados a quienes sí acota por el incumplimiento de sus obligaciones laborales.

Además, como lo hemos visto, la tercerización del ingreso a través del Cafae:

- i) Afecta económicamente al fisco por el no pago de impuesto a la renta.
- ii) Afecta el financiamiento del sistema de seguridad en salud toda vez que EsSalud tiene que prestar la misma atención a un servidor público aun cuando reciba como aporte solo lo correspondiente a la planilla única de pagos y no sobre el ingreso real del trabajador. Mientras que el resto de aportantes financian el mismo sistema con el íntegro de sus ingresos.
- iii) Afecta el ingreso real de los servidores públicos cuando se encuentran incapacitados temporal o permanentemente por razones de salud o embarazo.
- iv) Afecta el financiamiento del fondo privado de pensiones o del fondo nacional de pensiones, toda vez que los servidores solo aportan lo correspondiente a sus ingresos y no al Cafae, mientras

que el resto de aportantes financian el mismo sistema con el íntegro de sus ingresos.

- v) Desincentiva el goce físico de vacaciones y la salida de servidores de la carrera administrativa en edad de jubilación.

Afirmar que este modelo permite un supuesto ahorro a favor del Estado es una afirmación falaz, toda vez que dicho supuesto ahorro termina afectando al propio Estado.

Pero quizás eso no sea lo peor de todo.

Imagine que usted es dueño de una empresa privada y durante 20 años ha facilitado que sus trabajadores: i) no paguen impuestos por el íntegro de los ingresos que perciben mensualmente, ii) que no aporten obligatoriamente a un sistema de pensiones; iii) que trabajen evitando cualquier enfermedad o descanso vacacional porque en esos periodos percibirán menores ingresos; iv) que se aferren a sus puestos de trabajo porque el ingreso real mensual será menor si dejan de trabajar; y v) que sepan que su empleador es capaz de crear cualquier mecanismo que le evite asumir cargas económicas.

¿Ud cree que ese trabajador prestará un buen servicio, se sentirá comprometido con la empresa y atenderá diligentemente al público usuario o sus clientes?

Cualquier empleador sabe que la respuesta es no. Cualquier empleador sabe que ese tipo de mensajes y trato a sus trabajadores afectan la gestión de cualquier organización, asientan en los trabajadores la cultura de la evasión de obligaciones, de la mediocridad, del desgano, y en resumen producen trabajadores del “mínimo esfuerzo” que solo esperan la hora de salida para sumar un día más de sueldo.

Cualquier empleador lo sabe, menos el Estado peruano.

IV. Razones por las que se autorizó la tercerización del ingreso real a través del Cafae

Seguramente usted ha llegado hasta aquí sin entender por qué un Estado –que debería privilegiar los intereses colectivos y los derechos fundamentales sobre cualquier consideración presupuestal– se permite crear y mantener durante 20 años un modelo como este.

Las razones por las que se permitió la tercerización del ingreso real a través del Cafae no estuvieron escritas en ninguna norma ni hemos encontrado el documento público que hubiere sustentado públicamente las razones por las que el Estado peruano autorizó a partir del año 1992, de tercerización del ingreso mensual de los servidores públicos a través del Cafae.

Sin embargo, quienes conocemos la gestión de recursos humanos en el Estado, sabemos que el origen de dicha tercerización está en la denominada “cédula viva” creada por el Decreto Ley N° 20530.

A través del Decreto Ley N° 20530, el Gobierno de aquel momento creó un modelo previsional dirigido inicialmente a los servidores que tenían por lo menos 7 años en el Estado a febrero de 1974 y que estaban regulados por la Ley General de Goces así como aquellos no están comprendidos en el Sistema Nacional de Pensiones. Es importante tener en cuenta que los beneficiarios de este modelo pensionario, originalmente integraban un grupo acotado de personas.

Dicho modelo estableció que el trabajador adquiriría el derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre; y doce y medio, si es mujer.

Posteriormente, con la Ley N° 23495 del 20 de noviembre de 1982 se estableció la nivelación de las pensiones de los servidores con más de veinte

años de servicios, a fin de que progresivamente percibieran una pensión equivalente a la remuneración del mismo nivel y categoría que el servidor en actividad. La progresión concluiría a los veinticinco años de servicios para las mujeres y treinta años para los hombres, momento en el que los servidores debían tener una pensión equivalente del personal en actividad.

En este punto cabe precisar que la aportación que debía realizar cada trabajador para financiar el régimen variaba entre el 8% al 15% de la remuneración. En consecuencia, dado que la pensión debía ser nivelada con la remuneración del personal en actividad (lo que se denominó “efecto espejo”) que implicaba que con aportes menores al 15% de una remuneración se debía abonar mensualmente el 100% de esta, la auto sostenibilidad económica óptima del modelo dependía que los aportantes siempre mantuvieran una relación aproximada de 8 a 1 respecto a los pensionistas beneficiarios.

Esa elemental premisa económica no se cumplió. A partir del año 1982 y hasta que se cerró el régimen a finales de diciembre de 2004 con la Ley N° 28449, diversas leyes especiales, mandatos judiciales o simplemente decisiones administrativas de las entidades que administraban el régimen del Decreto Ley N° 20530, fueron ampliando la base de sus beneficiarios.

La consecuencia natural de incorporar mayores beneficiarios a un régimen de pensión nivelada es que el Estado debía asumir la contingencia de pago de las pensiones porque los aportes de los trabajadores en actividad no podrían financiar las pensiones de los jubilados, lo que

efectivamente debía suceder en los años 90 cuando los beneficiarios tuvieran 20 años de aportaciones.

Según se advierte de los hechos descritos, es recién a comienzos de los años noventa que el Estado peruano adoptó medidas para reducir el efecto económico de la incorporación de mayores beneficiarios al régimen del D.L. N° 20530 (originadas en decisiones de naturaleza política y no técnica).

En 1992 no se decidió por cerrar el régimen del D.L. N° 20530 (lo que recién sucedió doce años después), sino simplemente, tercerizar el ingreso real de los servidores públicos para que la remuneración que abone el empleador se mantuviera congelada en el tiempo y con ello el “efecto espejo” se detuviera.

Como se puede apreciar, la tercerización del ingreso real de los servidores públicos a través del Cafae surge como una “solución creativa” que impedía que el impacto económico de decisiones políticas siguiera creciendo y afectando al Estado y la sostenibilidad del régimen.

Aun cuando las razones económicas pudieran justificar la desnaturalización del Cafae y los efectos que dicha distorsión genera en los servidores, esa justificación desapareció el 30 de diciembre de 2004 cuando se promulgó la Ley N° 28449⁽¹³⁾.

El proceso de cierre del Decreto Ley N° 20530, la prohibición de nivelación y la forma en la que finalmente se derogó el mencionado régimen podría ser objeto de otro trabajo, tan extenso como el que el presente. Lo más resaltante de su derogación es que fue un ejemplo de cómo un modelo inviable económicamente

(13) Previamente a la promulgación de la Ley N° 28449, se promulgó la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 que derogaba la teoría de los derechos adquiridos contenidos en la Constitución Política del Estado.

pero soportado por razones políticas pudo derogarse gracias a la confluencia de voluntad política (del Gobierno y del Congreso de la República de aquel momento), solidez técnica en la formulación del nuevo marco legal (por parte del Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo de aquel momento) y la participación decisiva de cada uno de los actores relevantes para encontrar una solución (en este caso el Ministerio de Economía y Finanzas)⁽¹⁴⁾.

Efectivamente, la Ley N° 28449 dispuso que el régimen del Decreto Ley N° 20530 era un régimen cerrado que ya no debía admitir nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Asimismo, derogó después de 23 años el efecto espejo de dicho régimen previsional al prohibir la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad.

Es decir, la razón que dio origen a la desnaturalización de los ingresos económicos reales de los servidores públicos a través de la “tercerización” de sus ingresos, no existe desde el 30 de diciembre de 2004 (hace un poco más de 8 años) y sin embargo el Estado peruano sigue manteniendo este modelo a pesar de las distorsiones que genera.

V. Razones por las que no se discute la derogación del modelo de tercerización

Toda relación de subordinación (bajo el régimen laboral público o privado) tiene tres consecuencias directas económicas:

- a) Tiene efectos tributarios;
- b) Tiene efectos previsionales; y,
- c) Tiene efectos en la seguridad social.

Darle contenido remunerativo a un concepto que antes no lo tenía traería como consecuencia inmediata efectos económicos (tributarios, previsionales y de seguridad social) no menores del 30% de los ingresos reales del servidor. Ello sin contar otros beneficios o derechos propios del Decreto Legislativo N° 276 que como consecuencia de darle contenido remunerativo a un concepto que antes no lo tenía como por ejemplo: i) el valor de la hora y el día de trabajo, ii) la Compensación por Tiempo de Servicios que percibe del trabajador, iii) la Bonificación por Encargatura, iv) los subsidios de luto y fallecimiento entre otros específicos de cada entidad o sector.

En consecuencia, el sinceramiento del ingreso real de los servidores de carrera pondría al Estado frente a dos alternativas extremas: Asume el costo del “sinceramiento” del ingreso real de sus trabajadores e incrementa el presupuesto en por lo menos 30% de lo que actualmente traslada a los Cafae (lo que implica un efecto económico importante en el tesoro público) o traslada a sus trabajadores el costo del “sinceramiento” y los trabajadores sufren una reducción en 30% de sus ingresos reales (lo que implica un efecto político para la autoridad que disponga dicha medida).

Lo paradójico de este tema es que 20 años después de haber iniciado un proceso de tercerización del ingreso de los trabajadores con el objeto de evitar los efectos económicos de decisiones políticas irresponsables en el régimen del D.L. N° 20530, tampoco se puede corregir dicha desnaturalización del ingreso, precisamente por razones económicas y políticas que harían inviable el sinceramiento.

Lo cierto es que tarde o temprano, el Estado peruano deberá corregir las inconsistencias que en materia remunerativa y de empleo público ha creado y sostenido durante más de 20 años. Lo hará como consecuencia de un proceso gradual de implementación de un nuevo modelo de servicio civil o lo hará presionado por los actores sociales y políticos que reclamen el sinceramiento de beneficios y derechos.

En cualquiera de los casos, lo que debería quedar como experiencia de lo que no se debe hacer, por lo menos en materia de gestión de recursos humanos, es que no se puede solucionar las decisiones adoptadas con irresponsabilidad política con medidas presupuestales adoptadas a espaldas de los derechos labores y desconociendo la naturaleza misma de un concepto remunerativo. Esa forma de solucionar un problema termina generando nuevas obligaciones con iguales o mayores costos económicos.

A manera de colofón, quiero tomarme una licencia y recordar un texto escrito por Albert Camus, quien le da un enfoque distinto al mito griego de Sísifo.

“Los dioses habían condenado a Sísifo a hacer rodar sin cesar una roca hasta la cima de una montaña, donde la piedra volvía a caer por su propio peso. **Habían pensado con alguna razón que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza.**

(...)

Se ha comprendido ya que Sísifo es el héroe absurdo. Lo es tanto por sus pasiones como por sus

(14) La Ley N° 28449 fue objeto de varias acciones de constitucionalidad, las cuales fueron acumuladas y resueltas por la Tribunal Constitucional con el Exp. N° 050-2004-AI-TC, declarando infundados los recursos. Es decir, la Ley N° 28449 fue objeto de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional y superó satisfactoriamente dicha evaluación.

tormentos. Su desprecio de los dioses, su odio a la muerte y su pasión por la vida, **le han valido este suplicio indecible en donde todo el ser se emplea en no acabar nada.** Es el precio que hay que pagar por las pasiones de esta tierra. No se nos dice nada sobre Sísifo en los infiernos. Los mitos están hechos para animar la imaginación.

(...)

Si este mito es trágico, es porque su protagonista es consciente. ¿Dónde estaría, en efecto, su pena, si a cada paso le sostuviera la esperanza de triunfar? El obrero de hoy trabaja durante todos los días de su vida en las mismas tareas y ese destino no es menos absurdo. Pero no es trágico sino en los raros momentos en que se hace consciente. Sísifo, proletario de los dioses, impotente y rebelde conoce toda la magnitud de su condición miserable: es en ella que piensa durante su

descenso. La clarividencia que debía constituir su tormento, consume al mismo tiempo su victoria. No hay destino que no se supere con el desprecio”.

Hace 20 años los funcionarios y servidores públicos venimos empujando cuesta arriba prácticas muy arraigadas en el Estado destinadas a eludir las obligaciones económicas. Venimos empujando esa piedra siendo plenamente conscientes que tarde o temprano rodará nuevamente cuesta abajo y nos traerá nuevos problemas, con iguales o mayores costos económicos para el Estado, que a su vez nos obligará a adoptar nuevos esfuerzos para, otra vez, empujar cuesta arriba las obligaciones incumplidas. Al igual que el relato de Albert Camus, los funcionarios nos debatimos entre ser plenamente conscientes de lo inútil del esfuerzo o el desprecio a dicha tarea. Frente a ambos extremos no deja de ser trágico advertir que la inteligencia y capacidad de las personas que integran el Estado no sirva de mucho para solucionar

problemas de los que somos plenamente conscientes.

Por eso, a manera de conclusión, se hace imponderable que quienes nos dedicamos a la función pública dejemos evidencia escrita de los problemas que aquejan al Estado, del origen de estos y sobre todo de la necesidad imperiosa de saber que la elusión de las obligaciones económicas no arregla los problemas. Solo los alargan o los complican.

Por eso, la tercerización del ingreso real a través del Cafae es un ejemplo de lo que no se debe hacer para corregir un problema, y por el contrario, nos plantea la necesidad de siempre sincerar las cosas y tomar plena conciencia de los problemas como única vía para salir de un círculo vicioso. Es decir, sincerar los problemas nos permite abandonar la trágica alternativa de vivir –como plantea Camus– entre el “trabajo inútil y sin esperanza” y “el desprecio” a la labor a las que nos han condenado.

UNIDAD I: PRECEDENTE EN MATERIA DE JORNADA DE TRABAJO

2. QUISPE CHÁVEZ, Gustavo (julio 2011). *“Tratamiento del descanso semanal obligatorio en el régimen laboral peruano”*, en Soluciones Laborales N° 43, Gaceta Jurídica, Lima.



SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PRIVADO

TRATAMIENTO DEL DESCANSO SEMANAL OBLIGATORIO EN EL RÉGIMEN LABORAL PERUANO

Gustavo QUISPE CHÁVEZ^()*

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente informe, el autor nos presenta el tratamiento del día de descanso semanal obligatorio en la legislación vigente, y cuál es la forma de pago del trabajo en sobretiempo en casos en los que los trabajadores laboren en ese día. Igualmente, el tratamiento de los descuentos proporcionales de la remuneración del día de descanso semanal obligatorio por la ausencia de trabajo en los días de la semana.

I. Aspectos relevantes

El descanso semanal obligatorio tiene como fundamento el derecho constitucional al disfrute del tiempo libre y al descanso, reconocido en el artículo 25 de la Constitución que establece que los trabajadores tienen derecho al descanso semanal y anual remunerados, y el inciso 22 del artículo 2 de la misma, dispone que toda persona tiene derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso.

Así, el ordenamiento jurídico establece que el trabajador tiene derecho como mínimo a veinticuatro (24) horas consecutivas de descanso en cada semana por la labor efectuada, el cual normalmente coincide por lo general con el día domingo.

Sin embargo, cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y

descansos respetando la debida proporción. Así, en nuestro medio, se presentan lo que se conoce como jornadas atípicas, sobre las cuales el Tribunal Constitucional⁽¹⁾ ha señalado que son válidas en la minería cuando reúnan los siguientes requisitos:

- a) Que exista una evaluación caso por caso (en un proceso judicial o administrativo) teniendo en cuenta las características del centro minero: subterráneo, a tajo abierto o centro de producción.
- b) Deben cumplirse con las condiciones de seguridad laboral necesarias.
- c) Deben otorgarse garantías para la adecuada protección de la salud de los trabajadores y su alimentación.
- d) Deben concederse descansos adecuados al esfuerzo físico desarrollado en jornadas superiores a la ordinaria.

^(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Consultor en Derecho del Trabajo de Gaceta Consultores. Profesor de Derecho Individual del Trabajo y Derecho Procesal Laboral en la Universidad Privada San Juan Bautista. El autor dedica este artículo a Dalila Díaz Muñoz.

(1) Exp. N° 4635-2004-AA/TC, 29/04/2006.

- e) Debe brindarse tratamiento especial para el trabajo nocturno.
- f) Debe haberse pactado mediante convenio colectivo que la jornada no puede exceder de 8 horas.

Asimismo, la jornada atípica se sujeta a que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas o un periodo más corto, no exceda de 8 horas diarias o 48 por semana en promedio⁽²⁾. En esa línea, se permiten las jornadas atípicas conocidas como 4 x 3 (4 días con 12 horas diarias de trabajo, por 3 días de descanso) y las de 14 x 7 (14 días con 10 horas diarias de trabajo por 7 días de descanso), las que, constituyendo una excepción, deben ser implementadas de manera razonable y justificada.

Igualmente, cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva. Esto sucede por lo general en el caso de las empresas que necesariamente por una cuestión de negocios deben funcionar los días domingo, lo que implica que se designe un día diferente como descanso semanal obligatorio.

II. La remuneración por el día de descanso semanal

1. La remuneración computable

Se entiende por remuneración ordinaria aquella que percibe el trabajador semanal, quincenal o mensualmente, según corresponda, en dinero o en especie, incluido el valor de la alimentación. En estos casos se entiende que solo son conceptos remunerativos contraprestativos; así, por ejemplo, no podríamos incluir la asignación familiar que constituye ingreso cuyo fundamento es una causa externa al deber de prestación del servicio.

Las remuneraciones complementarias variables o imprecisas están excluidas de la base de cálculo; es decir, las horas extras y/o comisiones no ingresan para el cálculo del descanso semanal obligatorio.

De igual modo, están excluidas las remuneraciones de periodicidad distinta a la semanal, quincenal o mensual según corresponda a la forma de pago. Es decir, los montos remunerativos de periodicidad semestral o anual no ingresan en la base de cálculo, como, por ejemplo, sucede con las gratificaciones que son remuneraciones de carácter semestral y no son tomadas en cuenta para estos efectos.

2. Cálculo y pago del descanso semanal obligatorio

La remuneración por el día de descanso semanal obligatorio será equivalente al de una jornada ordinaria y se abonará en forma directamente proporcional al número de días efectivamente trabajados (ver cuadro N° 1).

Así, cuando se presenten días no laborados (faltas o licencias con goce de haber, etc.); estos serán deducidos de pago semanal y también se deducirán en proporción del monto de la remuneración por descanso semanal obligatorio. Por excepción, y solo a efectos del pago del día de descanso semanal, se consideran días efectivamente trabajados los siguientes:

- a) Las inasistencias motivadas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, o por enfermedades

debidamente comprobadas, hasta que la seguridad social asuma la cobertura de tales contingencias; esto supone que los 20 primeros días de incapacidad serán considerados como laborados a efectos del descanso semanal, y no deberán deducirse.

- b) Los días de suspensión de la relación laboral con pago de remuneración por el empleador; como por ejemplo, las licencias con goce de haber.
- c) Los días de huelga siempre que no haya sido declarada impropiciada o ilegal.
- d) Los días que devenguen remuneraciones en los procedimientos de impugnación del despido.

En ese sentido, cuando el trabajador percibe una remuneración semanal, el cálculo del descuento total (**por el día no laborado y el dominical**) se efectuará con los siguientes pasos:

a) Cálculo de la remuneración diaria:

Remuneración semanal (RS) / días de la jornada ordinaria = remuneración diaria (RD)

b) Cálculo del descuento dominical:

RD /6 = descuento dominical (DD)

c) Valor de descuento por día:

RD + DD = Valor de descuento por día (VD)

CUADRO N° 1						
Caso ejemplificativo de una jornada ordinaria de lunes a sábado						
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00
1/6 * S/. 20	1/6 * S/. 20	1/6 * S/. 20	1/6 * S/. 20	1/6 * S/. 20	1/6 * S/. 20	Descanso semanal 6/6 * S/. 20

(2) Si la jornada comprende 2 semanas, se calcula el promedio de horas en función de dicho número y, en caso de que la jornada comprenda periodos de 3 semanas, el promedio se calcula en función de 3 semanas.

d) Importe a descontar

$VD \times \text{días de inasistencia} = \text{Des-}$
 cuento total (DT)

e) Cálculo de la remuneración a pagar

$RS - DT = \text{Remuneración a pagar}$

Así, por ejemplo, a un trabajador que labora de lunes a sábado y tiene una remuneración semanal equivalente a 150 nuevos soles, y que ha faltado un día, se le calculará su remuneración semanal de la siguiente manera:

1) Cálculo de la remuneración diaria:

$S/. 150/6 = S/. 25$

2) Cálculo del descuento dominical:

$S/. 25/6 = S/. 4.17$

3) Valor de descuento por día:

$S/. 25 + S/. 4.17 = S/. 29.17$

4) Importe a descontar:

$S/. 29.17 \times 1 = S/. 29.17$

5) Monto de remuneración semanal:

$S/. 150 - S/. 29.17 = S/. 120.83$

En caso de inasistencia de los trabajadores remunerados por quincena o mensualmente, el descuento proporcional del día de descanso semanal se efectúa dividiendo la remuneración ordinaria percibida en el mes o quincena entre treinta (30) o quince (15) días, respectivamente. El resultado es el valor día. El descuento proporcional es igual a un treintavo o quinceavo de dicho valor, respectivamente.

Así, el cálculo del descuento total (por el día no laborado y el dominical), se efectuará conforme a los siguientes pasos:

a) Cálculo de la remuneración diaria:

$\text{Remuneración mensual (RM)} / 30 = \text{remuneración diaria (RD)}$

b) Cálculo del descuento dominical:

$RD / 30 = \text{descuento dominical (DD)}$

c) Valor de descuento por día:

$RD + DD = \text{Valor de descuento por día (VD)}$

d) Importe a descontar:

$VD \times \text{Días de inasistencia} = \text{Des-}$
 cuento total (DT)

e) Cálculo de la remuneración a pagar

$RM - DT = \text{Remuneración a pagar}$

Así, por ejemplo, si un trabajador tiene una remuneración equivalente a la RMV, y ha faltado cinco días en el mes, el monto a descontar se calculará de la siguiente manera:

1) Cálculo de la remuneración diaria:

$S/. 600/30 = S/. 20$

2) Cálculo del descuento dominical:

$S/. 20 / 30 = S/. 0.67$

3) Valor de descuento por día:

$S/. 20 + S/. 0.67 = S/. 20.67$

4) Importe a descontar:

$S/. 20.67 \times 5 = S/. 103.35$

5) Monto de remuneración mensual:

$S/. 600 - S/. 103.35 = S/. 496.65$

Por otro lado, respecto a la remuneración por el descanso semanal obligatorio de los trabajadores que prestan servicios a destajo, será equivalente a la suma que resulte de

dividir el salario semanal entre el número de días de trabajo efectivo. Así, por ejemplo, si un trabajador sujeto a destajo recibió 150 nuevos soles por pago semanal y laboró cinco días en la semana, tendrá una remuneración por descanso semanal obligatorio de S/. 30 nuevos soles ($S/. 150/5$).

III. Tratamiento del trabajo en día de descanso semanal obligatorio

1. El tratamiento del trabajo por una jornada laboral ordinaria

La legislación vigente establece que los trabajadores que laboran en su día de descanso sin sustituirlo por otro día en la misma semana, tendrán derecho al pago de la retribución correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del 100%. Lo que se traduce en dos supuestos de hecho para el pago de la remuneración por laborar en el día de descanso semanal obligatorio:

1.1. Que se conceda al trabajador un descanso sustitutorio otro día de la semana

Si un trabajador labora en el descanso semanal obligatorio, el empleador debe darle un día de descanso sustitutorio en la misma semana, es decir, que el descanso debe otorgarse por anticipado al día de descanso señalado y la remuneración será pagada sin sobretasa o recargo alguno. Así, por ejemplo, si un trabajador que tiene una remuneración diaria de 20 nuevos soles, laboró en su día de descanso semanal obligatorio y tuvo un descanso sustitutorio, recibirá su pago por el día de descanso semanal obligatorio de la siguiente manera (ver cuadro N° 2).

CUADRO N° 2						
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00
		Día de descanso sustitutorio				Descanso semanal laborado

Así, observamos que la regla básica es que el descanso sustitutorio se programe antes de que el trabajador labore en su día de descanso semanal obligatorio; pero la norma no se ha situado en el supuesto de que por razones extraordinarias el trabajador labore en su día de descanso semanal obligatorio sin el previo descanso sustitutorio. En este supuesto somos de la postura que el descanso sustitutorio puede otorgarse en la semana posterior antes del subsiguiente descanso semanal obligatorio. No obstante, en caso de que esto no suceda deberá pagarse la sobretasa por laborar en el día de descanso semanal obligatorio. Así, por ejemplo, en el caso planteado el tratamiento sería de la siguiente forma (ver cuadro N° 3).

1.2. Pago por descanso semanal obligatorio omitido

Si un trabajador labora en el día de descanso semanal obligatorio y el empleador no le otorga el descanso sustitutorio tiene como consecuencia que el trabajador reciba los siguientes conceptos:

- a) La remuneración correspondiente al día de descanso.
- b) La remuneración correspondiente a la labor efectuada.
- c) Un monto adicional equivalente a una sobretasa del 100% de la remuneración por la labor efectuada.

Así, en el ejemplo planteado, si el trabajador labora en el día de descanso semanal obligatorio sin descanso sustitutorio, se le pagará de la siguiente manera (ver cuadro N° 4).

2. El tratamiento del trabajo en el día de descanso semanal obligatorio que supera el número de horas de la jornada ordinaria

Como podemos apreciar, el trabajo en día de descanso semanal

obligatorio tiene un tratamiento muy especial y origina un día sustitutorio o pagos adicionales, surgiendo la interrogante respecto del tratamiento del pago de las horas que exceden la jornada ordinaria. Y es que existe la postura de que el pago de un trabajador que realiza trabajo en sobretiempo en este supuesto sin descanso sustitutorio en la semana, será de la siguiente manera:

- a) La remuneración correspondiente al día de descanso.
- b) La remuneración que corresponde al trabajador por la labor efectuada en la jornada ordinaria y las horas extras con el incremento de 25% por las primeras dos horas y el 35% por las restantes.
- c) Un monto adicional equivalente a una sobretasa del 100 % de la remuneración por la labor efectuada (monto recibido por la jornada ordinaria y horas extras).

Así, por ejemplo, si un trabajador que percibe S/. 40.00 diarios e hizo dos horas extras, el pago por el día de descanso semanal obligatorio sin descanso sustitutorio en que laboró, percibiría (ver cuadro N° 5).

Al respecto, debemos señalar que **la aplicación del criterio antes referido resulta incorrecta, ya que no se puede aplicar las sobretasas de las horas extras al trabajo en día de descanso semanal obligatorio porque no se condice con lo señalado en la normativa vigente;** ya que según el artículo 10 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR, “[e]l trabajo prestado en el día de descanso semanal obligatorio o en feriado no laborable se regula por el Decreto Legislativo N° 713 o norma que lo sustituya”. Lo que implica que el tratamiento del trabajo dentro de la jornada ordinaria y el pago en sobretiempo no se va a regir por las reglas del decreto supremo antes

CUADRO N° 3							
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo	Un día cualquiera antes del descanso semanal obligatorio subsiguiente
S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00
						Día de descanso semanal (laborado)	Descanso sustitutorio

CUADRO N° 4							
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo	
S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00	S/. 20.00 (por el descanso semanal)	S/. 20.00 (por labor efectuada)
						S/. 20.00 (sobretasa)	Descanso semanal obligatorio laborado

CUADRO N° 5							
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo	
S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00 (por el descanso semanal)	S/. 52.5 (por labor efectuada más 2 horas extras con la sobretasa del 25%)
						S/.52.5 (sobretasa)	Descanso semanal laborado

señalado, sino que se aplicarán las reglas señaladas en el Decreto Legislativo N° 713, norma que regula los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada; es decir, cada hora de trabajo extraordinario realizado en el día de descanso semanal obligatorio que exceda el número de horas de que se compone la jornada regular también se paga sin la sobretasa, o se compensa con el descanso sustitutorio, respectivamente. En estos casos no se aplicarán las horas extras con el incremento de 25% por las primeras dos horas y el 35% por la restantes.

En ese sentido, para el pago del trabajo en día de descanso semanal obligatorio por un número de horas que exceda a la jornada diaria ordinaria, se deberá realizar de la siguiente manera:

2.1. Que se conceda al trabajador un descanso sustitutorio otro día distinto

Así, si un trabajador labora en el día de descanso semanal obligatorio, y el empleador le otorga un día de descanso sustitutorio, el pago de la remuneración por el trabajo en el día de descanso con horas superiores a la jornada ordinaria, será calculado sobre la base del valor hora sin ninguna sobretasa o monto adicional. Así, por ejemplo, si un trabajador que tiene una remuneración por hora de 5 nuevos soles, trabaja en el día de descanso semanal obligatorio la jornada ordinaria más 2 horas, y le dan descanso sustitutorio, su pago será (ver cuadro N° 6).

De igual modo, si el trabajador labora en su día de descanso una jornada inferior a la ordinaria se le pagarán por las horas laboradas, vale decir, en el ejemplo antes planteado, si este trabajador labora solo tres horas recibiría por ese día la suma de S/. 15 nuevos soles; pero el monto que recibe por su descanso sustitutorio será

equivalente al de una jornada ordinaria (ver cuadro N° 7).

2.2. Pago por descanso semanal obligatorio omitido

Asimismo, si un trabajador labora en el día de descanso semanal obligatorio y el empleador no le otorga el descanso sustitutorio tiene como consecuencia de que el trabajador reciba por haber laborado en feriado los siguientes conceptos:

- a) La remuneración correspondiente al día de descanso.
- b) La remuneración que corresponde al trabajador por la labor efectuada en la jornada ordinaria.
- c) Un monto adicional equivalente a una sobretasa del 100 % de

la remuneración por la labor efectuada.

Así, en el ejemplo planteado, si el trabajador labora en el día de descanso semanal obligatorio sin descanso sustitutorio, se le pagará de la siguiente manera (ver cuadro N° 8).

De igual modo, si el trabajador labora en su día de descanso una jornada inferior a la ordinaria se le pagarán por las horas laboradas, vale decir, en el ejemplo antes planteado, si este trabajador labora solo tres horas recibiría por ese día la suma de 15 nuevos soles; pero el monto que recibe por el descanso semanal obligatorio omitido será equivalente al de una jornada ordinaria (ver cuadro N° 9).

CUADRO N° 6						
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 50.00
		Día de descanso sustitutorio				Descanso semanal laborado

CUADRO N° 7						
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 15.00
		Día de descanso sustitutorio				Descanso semanal laborado

CUADRO N° 8						
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00 (por el descanso semanal) S/. 50.00 (por 10 horas de labor efectuada) S/. 50.00 (sobretasa)
						Descanso semanal laborado

CUADRO N° 9						
Lunes	Martes	Miércoles	Jueves	Viernes	Sábado	Domingo
S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00	S/. 40.00 (por el descanso semanal) S/. 15.00 (por 3 horas de labor efectuada) S/. 15.00 (sobretasa)
						Descanso semanal laborado

3. Supuestos de exclusión del descanso sustitutorio o el pago por descanso semanal obligatorio omitido

Para finalizar, debemos precisar que no serán exigibles ni el descanso sustitutorio ni el pago por descanso semanal obligatorio omitido en los siguientes casos:

a) En los casos de trabajo realizado por miembros de una misma familia; en este caso estamos ante el supuesto del titular o propietario (persona natural) que conduzca o no el negocio

personalmente, donde los trabajadores tienen un vínculo consanguíneo hasta el segundo grado.

b) En el caso de trabajadores que intervienen en labores exclusivamente de dirección o inspección; es decir, aquellos que ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparten con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

c) En general todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata, es decir, cuando los trabajadores realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes.

d) En el caso de trabajadores que perciban el 30% o más del importe de la tarifa de los servicios que cobra el establecimiento o negocio de su empleador.

UNIDAD II: HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

1. CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. (abril 2006). *“Comentarios a la sentencia del Expediente N° 0206-2005-PA/TC”* en sitio oficial de la Universidad de Piura:

http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1899/Comentarios_sentencia_EXP_N02062005PATC.pdf?sequence=1



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL EXP. N.º 0206–2005–PA/TC

Luis Castillo-Córdova

Perú, abril de 2006

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

En aplicación de las *funciones de ordenación y pacificación* asumidas por el Tribunal Constitucional (f. j. 37), en la sentencia al Expediente 0206–2005–PA/TC, se recogen una serie de criterios referidos a la procedencia del amparo cuando de controversias laborales individuales se trate. Estos nuevos criterios cambian unos anteriores, que *habían sido sumamente flexibles y amplios* (f. j. 32); y que tienen por finalidad *perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y efectivo* (f. j. 34). La formulación de estos criterios son fruto de la respuesta que el Tribunal Constitucional ha dado a la siguiente cuestión: en la vía judicial ordinaria ¿existe alguna *vía igualmente satisfactoria* que el amparo para proteger el derecho al trabajo? Para el mencionado Tribunal, es posible una tal vía: el proceso laboral ordinario, para las controversias laborales privadas; y el procedimiento especial contencioso administrativo, para las controversias laborales públicas (f. j. 36).

Empecemos con las controversias en el ámbito laboral privado. Para definir los criterios de procedencia del amparo es necesario establecer el tipo de despido. El despido puede ser arbitrario y nulo. Y el despido arbitrario puede ser a su vez incausado o fraudulento. Los criterios de procedencia del amparo ante situaciones de despido incausado, fraudulento y nulo, *se mantendrán en esencia* (f. j. 7). Para el Tribunal Constitucional la adecuada protección contra el despido arbitrario a la que hace referencia el artículo 27 CP, será definida no por el legislador, como lo manda el dispositivo constitucional, sino por el trabajador, quien deberá elegir entre la indemnización o la reposición. Cuando el trabajador busque la reposición, procederá el amparo sólo *en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado* (f. j. 7).

En estos casos, el amparo procede si es que el trabajador ha decidido que la adecuada protección contra su despido arbitrario es la reposición y no la indemnización. Significa esto que si el trabajador ha cobrado la indemnización que le ha ofrecido el empleador, el amparo no será procedente. Así, en caso de despido arbitrario en la modalidad de incausado, la procedencia del amparo no requiere más que acreditar que el trabajador ha sido despedido, que el empleador no ha invocado causa alguna, y que el trabajador no ha cobrado la indemnización. En caso de despido arbitrario en la modalidad de fraudulento se exige también que el trabajador no haya cobrado la indemnización, y adicionalmente que el demandante *acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude* (f. j. 8). Es decir, debe acreditar que los hechos imputados como causal de despido son *notoriamente* inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuya una falta no prevista legalmente. Si no se cumple con estas exigencias, el amparo será improcedente.

En lo que respecta al despido nulo, el Tribunal Constitucional ha ratificado los criterios vertidos en el EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, sobre su *competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo* (f. j. 9). Existe despido nulo cuando el trabajador es despedido vulnerando alguno de sus derechos constitucionales (distintos al derecho al trabajo). Así es nulo cuando se vulnera la libertad sindical y el derecho de sindicación del trabajador; cuando se viola su derecho fundamental a la tutela procesal efectiva; o cuando se viola su derecho a la igualdad (artículo 29 TUO del decreto legislativo 728), entre otros. Un acto –como el despido– que viola un derecho fundamental, es un acto jurídicamente inexistente, por lo que corresponde la reposición del trabajador. Debe entenderse que en estos casos el amparo será procedente siempre que la violación del derecho fundamental que ha acarreado el despido es manifiesta e



indubitable, de manera que su salvación sea urgente. Si no es manifiesta la agresión del derecho constitucional, el trabajador deberá acudir al proceso laboral ordinario.

Complementariamente a estos criterios, ha manifestado el Tribunal Constitucional que no será procedente el amparo para resolver aquellas controversias que legalmente son de competencia de los juzgados y salas laborales. Así, *los amparos que se refieran a las materias que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo* (parte final del f. j. 18).

A modo de conclusión de los criterios de procedencia del amparo frente a despidos incausados, fraudulentos y nulos, ha dicho el Tribunal Constitucional que *aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria* (f. j. 20). Y agrega una razón para ello: corresponde a los jueces ordinarios en primer lugar la protección del derecho fundamental agredido.

Como excepción a estas reglas de improcedencia del amparo, ha establecido el Tribunal Constitucional lo siguiente: *que la vía laboral no se prevea la salvación del derecho constitucional, o que por la urgencia o por la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea* (f. j. 20).

Estos son los criterios que definirán la procedencia del amparo cuando se trate de controversias en el ámbito laboral individual de carácter privado. Sin embargo, hay razones para argumentar su deficiencia. En primer lugar, es discutible que forme parte del contenido constitucional del derecho al trabajo la reposición en caso de despido arbitrario. El Constituyente ha establecido que quien definirá la *adecuada protección* contra el despido arbitrario será el legislador, no el trabajador como lo propone el Tribunal Constitucional. Y el legislador ha establecido que esa *adecuada protección* es la indemnización, y no la reposición (artículo 34 TUO decreto legislativo 728). Y, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha dicho que esta decisión no es inconstitucional (EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, citada, f. j. 13.a). O la decisión legal de que la protección adecuada contra el despido arbitrario es inconstitucional, y entonces el trabajador tiene derecho también a la reposición; o esa decisión es constitucional y no se permite al trabajador la reposición. Lo que no se puede hacer es lo que hace el Tribunal Constitucional: afirmar que la indemnización es constitucional cuando así lo decide el trabajador, y que cuando el trabajador decide la reposición, la indemnización no es una *adecuada protección* contra el despido arbitrario y, por tanto, se convierte en inconstitucional. Habrá que recordarle al Tribunal Constitucional que el contenido constitucional de los derechos fundamentales se construye desde las normas y principios constitucionales, y no desde los deseos o decisiones de los particulares; y que lo inconstitucional se define por contravenir la norma constitucional, y no por no concordar con el parecer de los particulares. No cabe duda que la protección del trabajador nos debe interesar e involucrar a todos, pues en definitiva se trata de proteger a la persona humana. Pero esa protección debe realizarse desde la Constitución misma.

En segundo lugar, si es correcto el criterio del Tribunal Constitucional por el cual será el trabajador quien decida cual es la *adecuada protección* contra su despido arbitrario, significa que esta facultad de decidir forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo. Pues bien, con estos presupuestos no hay modo de resolver la siguiente cuestión: si el trabajador elige la reposición en caso haya sido objeto de un despido fraudulento, y no está *fehaciente e indubitablemente* acreditado que la causa imputada es

falsa o imaginaria, es decir, si es un asunto litigioso, ¿cómo podrá conseguir el trabajador la restitución de su derecho fundamental al trabajo? Aplicando el criterio del Tribunal Constitucional debería proceder el amparo, porque –como se apuntó– *el amparo procede en caso en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición* (f. j. 7). En caso de despido fraudulento, la reposición no es posible a través de la vía laboral ordinaria, ergo, procede el amparo. Pero ocurre que el amparo no procede, según el mismo criterio del Tribunal Constitucional, más que cuando el fraude se ha *acreditado fehaciente e indubitablemente* (f. j. 8). Es decir, el Tribunal Constitucional termina haciendo algo que ningún Tribunal debería hacer: decirle al justiciable que tiene derecho a algo que no se le podrá conceder. En este caso, debido a una cuestionable interpretación que del artículo 27 CP formula el Tribunal Constitucional, al trabajador que ha sido objeto de un despido fraudulento se le dice que tiene derecho a la reposición (además a título de contenido constitucional del derecho al trabajo), pero que no será posible su reposición.

En tercer lugar, si la adecuada protección contra el despido arbitrario la define el trabajador, de manera que tiene el derecho o a la indemnización o a la reposición, entonces, cuando el trabajador se decida por la indemnización, y esta no se le paga o se le paga en una cifra que él considera disminuida, se está violando parte del contenido constitucional de su derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Aplicando el criterio del Tribunal Constitucional, el trabajador debería acudir a la vía laboral y no al amparo porque aquella constituye una *vía igualmente satisfactoria*. Pero esto no es correcto. Si a un trabajador despedido no se le ha ofrecido una indemnización, es porque el empleador lo ha despedido invocando una causa justa de despido. Si el trabajador quiere impugnar el despido porque a su entender no se ha configurado la causa justa invocada, y así cobrar la indemnización deseada, no podrá acudir al amparo, sino que deberá acudir al proceso laboral ordinario. Pero no porque éste sea *igualmente satisfactorio*, sino porque el amparo es esencialmente ineficaz para resolver cuestiones litigiosas (en estricto, son casos en los que la vía judicial ordinaria aparece como más satisfactoria que el amparo). Y no hay duda de que ha surgido una controversia que necesita de una etapa especial de actuación de pruebas cuando el empleador invoca causa justa de despido, y el trabajador quiere cuestionar los hechos invocados por el empleador. El mismo razonamiento se debe formular para cuando se trate del supuesto en el que al trabajador se le ofrece una indemnización que a su entender no le corresponde. En este caso, no procede el amparo, pero no porque la vía laboral sea *igualmente satisfactoria*, sino porque el amparo se muestra esencialmente ineficaz para resolver cuestiones litigiosas, como discutir el monto exacto de una indemnización.

Y es que, en cuarto lugar, hay que diferenciar lo *igualmente satisfactorio* de lo simplemente *idóneo*. Si se analiza el criterio del Tribunal Constitucional de procedencia del amparo frente a despidos arbitrarios (incausados o fraudulentos), se reparará en que la demanda constitucional se admitirá siempre que sea manifiesta la agresión al contenido constitucional del derecho al trabajo. De manera que cuando no es manifiesta, el trabajador deberá acudir al proceso laboral ordinario. Pero lo deberá hacer no porque la vía laboral sea *igualmente satisfactoria* –como mal dice el Tribunal Constitucional–, sino sencillamente porque el amparo no es la *vía idónea* para discutir agresiones de derechos fundamentales que no sean claras y manifiestas.

En quinto lugar, mal hace el Tribunal Constitucional en establecer como regla general que todas las controversias asignadas legalmente a los jueces y salas laborales, no podrán ser conocidas a través del amparo. Por el contrario, la regla general debe ser que procede el



amparo siempre que la agresión de un derecho fundamental sea clara y manifiesta. Excepcionalmente, cuando la agresión es litigiosa, habrá que acudir a la vía judicial ordinaria. Es verdad que *en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios* (f. j. 5). Pero eso es así porque en esos ordenamientos jurídicos, constitucionalmente se ha establecido la excepcionalidad en el amparo, así por ejemplo, en el ordenamiento español (artículo 53.2 Constitución Española). El caso peruano es distinto, en el artículo 200.2 CP se ha establecido que el amparo procede ahí donde existe una violación de un derecho fundamental. Es verdad que el Constituyente no ha establecido que la agresión del derecho deba ser manifiesta para que proceda el amparo, ésta es una exigencia de la propia naturaleza del amparo, que es esencialmente ineficaz para dar solución a cuestiones litigiosas. Es más, en el caso peruano el primer nivel de protección de los derechos fundamentales efectivamente corresponde a los jueces del Poder judicial, pero a través de los procesos constitucionales y no a través de la vía judicial ordinaria. Parece haber olvidado el Alto Tribunal que la demanda de amparo se interpone en primer lugar ante los jueces o salas del Poder judicial, según corresponda.

Y en sexto lugar, establece el Tribunal Constitucional como excepción a sus reglas de improcedencia del amparo, el que el trabajador demuestre *objetiva y fehacientemente* que la vía laboral ordinaria no es la vía idónea. Es decir, el trabajador no sólo tendrá que demostrar el fraude, por ejemplo, en el caso del despido fraudulento, sino que deberá demostrar que la vía laboral no es la idónea para que recién se le abra las puertas del proceso de amparo. Que lejos deberá quedarle al trabajador la protección constitucionalmente prevista de sus derechos fundamentales con criterios como éste acogido por el mismo Tribunal Constitucional que constitucionalmente ha sido instituido para proteger a la persona humana (al margen del ámbito en el que se desenvuelva) y, por tanto, a sus derechos fundamentales. Y a esta deficiencia se llega por intentar predicar algo que puede perfectamente ser viable en otros ordenamientos (como el español), pero no del peruano en el que –se ha de insistir– constitucionalmente se ha previsto sin más la procedencia del amparo frente a agresiones –claras y manifiestas– de derechos constitucionales.

Hasta aquí los criterios referidos a la procedencia del amparo en el ámbito laboral individual de carácter privado. En lo que se refiere al ámbito de las relaciones laborales públicas, la regla general, es que las cuestiones en este ámbito que afecten derechos fundamentales no deben resolverse a través del amparo sino a través del proceso contencioso administrativo *por ser la vía idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas* (f. j. 22). También, a través del contencioso administrativo deberán resolverse todas las cuestiones que *se deriven de derechos reconocidos por la ley* (f. j. 23). A estas reglas generales, el Tribunal Constitucional ha planteado excepciones: *será procedente el amparo si es que la vía contenciosa no resulta siendo igualmente satisfactoria, o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental* (f. j. 24).

Estos criterios son igualmente criticables. En primer lugar, si realmente se quiere lograr una efectiva protección y una plena vigencia de los derechos fundamentales, la regla

general deberá ser la procedencia del amparo ahí donde la agresión del derecho fundamental al trabajo (o el de libertad sindical, o el de igualdad, etc.), es clara y manifiesta. Sólo si no es manifiesta, la defensa del derecho deberá ser intentada en la vía judicial ordinaria. En segundo lugar, el proceso contencioso administrativo especial prevé un procedimiento por lo pronto más largo y, por tanto, menos eficaz, que el amparo. Es verdad que es un proceso igualmente idóneo que el amparo, pero lo que en todo caso exige el artículo 5.2 CPC, es una *vía igualmente satisfactoria*. Al no poner el acento en el carácter indubitable de la agresión al contenido constitucional de un derecho fundamental, ocurrirá que el trabajador al que se le vulnera fehacientemente su derecho al trabajo, tendrá que esperar la salvación de su derecho constitucional no a través del mecanismo constitucionalmente previsto (el amparo), sino a través del contencioso administrativo. Un despropósito que roza lo inconstitucional Y, en tercer lugar, criticable es también que se haya decidido que si el trabajador interpone una demanda de amparo para conseguir la protección de su derecho fundamental al trabajo agredido, no sólo tendrá que acreditar fehacientemente la manifiesta agresión del contenido constitucional, sino que deberá acreditar también fehacientemente que la vía contencioso administrativa no es idónea.

En todo caso, no se pierda de vista en que en estos casos el acto de despido no sólo terminará afectando el derecho al trabajo, sino igualmente el derecho al debido proceso administrativo. De manera que los trabajadores podrán evitar todos los inconvenientes de los manifestados criterios del Tribunal Constitucional, apelando a su doctrina sobre la tutela procesal efectiva y al debido proceso administrativo.

Como se ha podido apreciar, en la sentencia que ahora se comenta no se recogen precisamente criterios que favorezcan la plena vigencia del derecho al trabajo y de los derechos fundamentales del trabajador. Lo peor de todo es que son criterios que constituyen *precedente vinculante* (f. j. 33), por lo que queda descontado la irradiación de sus efectos negativos.

No cabe duda que una acertada defensa de los derechos fundamentales no pasa por evitar un uso masivo del amparo, y mucho menos obligando al afectado a acudir a la vía judicial ordinaria cuando la agresión de su derecho fundamental es manifiesta. La defensa efectiva de los derechos fundamentales pasa necesariamente por contar con las herramientas hermenéuticas necesarias a fin de determinar en cada caso el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Esta es la principal cuestión que se ha de plantear cuando se aborden cuestiones iusfundamentales. De manera que proceda el amparo no porque exista o no vías judiciales ordinarias idóneas (que siempre existirán) para la salvación del derecho fundamental invocado, sino porque la agresión de su contenido constitucional se ha producido y, además, de forma manifiesta.



UNIDAD II: HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

2. BASUALDO HILARIO, Arturo Francisco (Agosto 2013).
"Hostigamiento sexual en el ámbito laboral público. Comentarios al precedente vinculante establecido en la Casación N° 3804-2010-Del Santa", en Soluciones Laborales N° 68, Gaceta Jurídica, Lima.

SOLUCIONES ✓ LABORALES

SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN PARA JEFES DE RECURSOS HUMANOS, ASESORES LEGALES, ADMINISTRADORES Y GERENTES



SECTOR PÚBLICO



SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PÚBLICO

HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL ÁMBITO LABORAL PÚBLICO

Comentarios al precedente vinculante establecido
en la Casación N° 3804-2010-Del Santa

Arturo Francisco BASUALDO HILARIO^()*

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente artículo se analiza la decisión de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema (Exp. N° 3804-2010) en materia de hostigamiento sexual, la cual tiene carácter de precedente vinculante. Al respecto, el autor opina que la importancia de dicha decisión estriba en una determinación más profunda de los elementos constitutivos del hostigamiento sexual señalados por la Ley N° 27942, modificada por la Ley N° 29430, al aplicarse a toda conducta que implique abuso de poder o dominio con la finalidad de obtener un beneficio sexual, sin importar la naturaleza del régimen laboral del infractor.

Introducción

En el Derecho del Trabajo hoy en día han cobrado significativa relevancia dos figuras negativas inmersas en las relaciones de trabajo, nos estamos refiriendo al *mobbing* y el acoso sexual laboral, los cuales no tienen un origen reciente, sino que datan de mucho tiempo atrás pero que estuvieron sujetos a una suerte de naturalización en las relaciones de poder que muchas veces se configuran en el centro laboral. Con el devenir de los años estos problemas han ido adquiriendo significativa importancia y ha sido objeto de tratamiento legislativo, en nuestro país en lo que se refiere al hostigamiento sexual. En el mes de febrero de 2003, se expidió la Ley N° 27942 “Ley de

Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual”, la cual fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES; posteriormente, en el mes de noviembre de 2009, se expidió la Ley N° 29430, por la cual se modificaron algunos artículos de la Ley N° 27942.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Mediante Casación N° 3804-2010-Del Santa, conforme al artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS estableció con carácter de Precedente Vinculante para todas las entidades públicas, la correcta interpretación de los artículos 1, 4 y 5 de la Ley N° 27942 (texto original antes de su modificatoria por

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Postítulo en Derecho Procesal Constitucional otorgado por el Tribunal Constitucional y la PUCP. Cursa estudios de Maestría en Derecho del Trabajo en la Escuela de Posgrado de la USMP. En la actualidad se desempeña como Coordinador de Asesores Legales del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial –Senati–. Ha sido abogado de la Presidencia del Consejo de Ministros a cargo de los procesos laborales del Despacho Presidencial, la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas –Devida–, y el Instituto Nacional de Estadística e Informática –INEI–.

Ley N° 29430). En ese sentido, en el presente trabajo tenemos por cometido hacer algunos comentarios a dicho pronunciamiento, el que consideramos, a tenor de la generalidad de la Ley N° 27942, no solo alcanza al Estado empleador, sino se hace extensivo al empleador privado. Para tal efecto, comenzaremos por resumir el caso que dio origen a la sentencia casatoria, y los puntos principales abordados y omitidos en este pronunciamiento, para lo cual es necesario conocer los aspectos de la norma en su contenido inicial y su modificatoria, recurriendo a la doctrina especializada, legislación y jurisprudencia comparada en cuanto corresponda.

I. El caso

Mediante Resolución Rectoral N° 349-2003-UNS de fecha 5 de setiembre de 2003, la Universidad Nacional del Santa, apertura proceso disciplinario al señor Hermelindo Torres Rosales por la presunta comisión de faltas de carácter disciplinario, consistentes en actos de hostigamiento sexual, que en su calidad de Contador General de dicha Universidad, habría cometido en agravio de doña Rosana Alcira Campos de la Cruz de Gavidia.

Según se aprecia en la sentencia casatoria, la prueba que acredita en el presente caso, estaría conformada por audios, de cuya transcripción se advierte lo siguiente: el actor le pide a la agraviada “que le dé la mano”; luego al preguntarle la afectada: “¿a cambio de qué condiciones tengo que (trabajar)? (...) el demandante le responde a cambio de que me des un poquito de tu amor”, “quiero decirte que yo te quiero y de repente no soy correspondido no importa”; “yo como hombre también tengo sentimientos”; “entonces sí te sientes una mujer casada te estoy diciendo que hasta aquí terminó ese deseo que tuve hacia ti”; “ya te dije porqué sentí mucho por ti”; “me

enamoré de ti ya entonces solamente por eso ¿no?”.

Mediante Resolución Rectoral N° 496-2003-UNS de fecha 13 de noviembre de 2003, se le impuso sanción de cese temporal sin goce de remuneraciones por el lapso de seis meses. El trabajador demandante interpuso apelación, la que fue declarada Infundada mediante Resolución N° 005-2004-CU-R-UNS. Finalmente, mediante Resolución Rectoral N° OOS-2004-UNS se dispuso la ejecución de la sanción.

El señor Hermelindo Torres Rosales, interpone demanda de Amparo solicitando la nulidad de las resoluciones administrativas antes señaladas, peticionando además se le restituya en su plaza de origen como Contador General y se disponga además el reconocimiento de todas las remuneraciones y, derechos laborales dejados de percibir como consecuencia de la sanción administrativa que se le impuso. Dicha demanda fue objeto de improcedencia liminar siendo reconducida en la vía del Proceso Contencioso-Administrativo.

En primera instancia, el Juzgado Civil Transitorio de Nuevo Chimbote, declaró fundada en parte la demanda, y en consecuencia, dispuso la nulidad de todas las resoluciones impugnadas, sustentando su decisión en que los audios presentados no son prueba contundente de hostigamiento sexual. Al resolver la apelación interpuesta por la universidad, mediante sentencia de Vista, la Primera Sala Civil Superior del Santa confirmó la apelada argumentando que si bien es cierto, el demandante formuló proposiciones a la denunciante, y estas denotan un contenido o connotación sexual, no se presentó ninguna de las previsiones contenidas en el artículo 5 de la Ley N° 27492, que permitan configurar un hostigamiento sexual. Finalmente, la Universidad Del Santa, interpuso recurso de casación elevándose los actuados a la Sala de Derecho Constitucional

y Social Transitoria del Precedente Vinculante.

II. El precedente vinculante

La Corte Suprema declaró Fundado el recurso de casación interpuesto por la demandada Universidad Nacional del Santa; en consecuencia, Casaron la sentencia de vista y reformando declararon Infundada la demanda en todos sus extremos.

Establece además que si bien es cierto, el recurso interpuesto tiene por objeto se analice si ha existido infracción normativa de los artículos 1, 4 y 5 de la Ley N° 27942, considera conveniente emitir un pronunciamiento que, con carácter de precedente judicial, permita establecer criterios sobre cuál es la correcta interpretación de dichos dispositivos legales en los casos que sean aplicados al Sector Público nacional; entendiéndose por interpretación, el asignar a una norma jurídica un significado conforme a los valores y derechos consagrados en la Constitución o contenidos implícitamente en ella. Es oportuno precisar que tal interpretación únicamente se refiere al texto original de la norma, pues la modificación no resulta aplicable al caso, por la fecha en que se suscitaban los hechos.

En ese sentido, la Corte Suprema considera que las normas cuya infracción se denuncia, deben ser interpretadas de la siguiente manera:

Artículo 1 de la Ley N° 27942:

Su texto original previene y reprime el hostigamiento sexual que se produzca contra una persona dentro de cualquier relación de autoridad o dependencia sin importar la naturaleza del régimen laboral a que pertenezca. En consecuencia, debe interpretarse que puede ser objeto de sanción por incurrir en hostigamiento sexual todo funcionario o servidor público (incluidos los señalados en

el artículo 39 de la Constitución Política del Estado), personal militar o policial, y/o cualquier persona al servicio del Estado que incurra en conductas que impliquen hostigamiento o chantaje sexual.

Artículo 4 de la Ley N° 27942:

Su texto original define el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual, debiendo interpretarse esta norma en el sentido siguiente: que constituye hostigamiento sexual dentro de las relaciones laborales o de dependencia en la Administración Pública, toda conducta de naturaleza sexual o referida al tema sexual, así como cualquier otro comportamiento que tenga connotación sexual que afecte la dignidad de la persona, que sea no deseado o rechazado por el servidor o funcionario públicos, personal militar o policial, y/o cualquier otra persona que presta servicios al Estado.

Artículo 5 de la Ley N° 27942:

Establece los elementos constitutivos del hostigamiento sexual, debiendo interpretarse que los elementos definidos en el considerando Tercero de esta sentencia deben obligatoriamente ser tenidos en cuenta por el juzgador y que deben estar presentes en la conducta imputada.

En el referido Considerando, desarrolla lo siguiente:

- a) **Conducta relacionada con temas de carácter sexual:** Estos comportamientos pueden ser apreciaciones relacionadas con el aspecto físico de la persona hostilizada, con referencia expresa al tema sexual o subliminalmente relacionado con este; la formulación de bromas relacionadas con el sexo, enviar cartas comunicaciones, *mails* o cualquier otra forma de comunicación escrita u oral que tenga relación con el tema sexual, también serán actos de hostigamiento sexual

llamadas innecesarias a que se presente ante el acosador la persona acosada o exposición ante esta de materiales de carácter sexual; finalmente también se considerará como actos de hostilidad sexual los roces, tocamientos, caricias, saludos no deseados por el hostilizado así como que el acosador ejerza algún tipo de autoridad sobre los trabajadores bajo su dependencia para hacerse invitar o participar en eventos, reuniones sociales, actividades deportivas u otras en la que sabe que participará o estará presente la víctima de la hostilidad sexual.

- b) **Conducta no bienvenida:** La víctima debe rechazar la conducta acosadora, pues, si la propicia o acepta no configura la misma. El rechazo a la conducta acosadora puede ser directo cuando el acosado en forma verbal o escrita manifiesta su disconformidad con la actitud del acosador, pero el rechazo también puede ser de carácter indirecto cuando la víctima rechaza al acosador con respuestas evasivas, dilatorias; u otra clase de actitudes de cualquier naturaleza que demuestran su disconformidad con las proposiciones del acosador.
- c) **Afectación del empleo:** Debe existir la posibilidad real que el sujeto acosador afecte, negativamente el empleo de la persona afectada. Esta afectación puede consistir en la amenaza de pérdida del empleo o beneficios

tangibles, o a través del ambiente hostil en el trabajo que obliga al trabajador a laborar en condiciones humillantes.

III. Aclarando conceptos: ¿es lo mismo hostigamiento sexual que acoso sexual laboral?

La utilización de ambos conceptos parece limitarse a un tema de terminología; sin embargo, es oportuno aclarar sus alcances, así apreciamos de la sentencia casatoria, que la misma parece identificar ambos conceptos, pues al definir el “hostigamiento sexual”, acoge la definición efectuada por el autor nacional José Balta Varillas para el “acoso sexual” considerando que este es toda conducta o comportamiento de carácter sexual que no es bienvenido por la persona a la que se dirige, y que tiene por propósito o efecto afectar negativamente sus términos y condiciones de empleo.

En términos legales, advertiremos que el *nomen iuris* que recoge la Ley N° 27942 es el de “hostigamiento sexual”. Parte de la legislación comparada hace referencia al “acoso sexual”, antes que al “hostigamiento sexual” y otro sector en la legislación comparada, identifica ambas categorías.

Por ejemplo, en el vecino país de Chile, encontramos que su Código del Trabajo en su artículo 2⁽¹⁾, hace referencia al acoso sexual; en el mismo sentido, en Uruguay en el año 2009 se expidió la Ley N° 18.561⁽²⁾, la que

(1) Artículo 2.- Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan. Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

(2) Esta ley señala en su artículo 1 lo siguiente.- El objeto de la presente ley es prevenir y sancionar el acoso sexual así como proteger a las víctimas del mismo, en tanto forma grave de discriminación y de desconocimiento del respeto a la dignidad de las personas que debe presidir las relaciones laborales y de docencia. Esta ley se aplicará en el ámbito público y en el privado.

tiene por finalidad, prevenir y sancionar el acoso sexual así como proteger a las víctimas de este. En otro sentido, en el caso de Costa Rica, en 1995 se expidió la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el empleo y la Docencia, la que en su artículo 2⁽³⁾ identifica ambos términos.

En 1985, la OIT en su Conferencia Internacional del Trabajo, recogió el término “acoso sexual” señalando que su existencia en el lugar de trabajo daña el bienestar de los trabajadores y su productividad, así como las perspectivas de empleo y promoción⁽⁴⁾; sin embargo, en un reciente trabajo publicado en el mes de febrero de 2013⁽⁵⁾, hace referencia a ambos términos como uno solo, así refiere que “el acoso u hostigamiento sexual en el trabajo, como fenómeno social, es de larga data”. En ese sentido, consideramos que para los efectos del análisis la Ley N° 27942, si bien es cierto, esta alude únicamente al hostigamiento sexual, es válidamente aplicable el término acoso sexual, esto es, ambos términos pueden ser considerados como una misma categoría jurídica.

Dicho lo anterior, la OIT en su reciente trabajo señalado precedentemente⁽⁶⁾, acoge la definición de acoso sexual esbozada por los autores Duncan Chappel y Vittorio Di Martino quienes abordan la problemática de la violencia en el trabajo y, dentro de esta, refieren que el acoso sexual forma parte importante de ella; entonces, para estos autores, el acoso sexual es una expresión de violencia psicológica en el lugar de trabajo.

Por nuestra parte, a partir del conocimiento de controversias judiciales y no judiciales vinculadas a esta temática, consideramos que en el ámbito laboral, el acoso u hostigamiento sexual, es mayoritariamente, una expresión de abuso de poder y dominio con la finalidad de obtener un beneficio sexual, esto es, existe una marcada tendencia vertical, que predomina sobre una –existente– línea

de conducta hostil horizontal. En ese sentido, a la definición efectuada por Balta Varillas, y que acertadamente ha sido recogida por la Corte Suprema, habría que agregar la preponderancia de este elemento de jerarquización, y esta jerarquización, no necesariamente debe ser entendida desde el plano estricto de la relación laboral, pues el acoso sexual jerarquizado, no se limita a la relación de trabajo, sino que puede darse hacia, y desde, terceros ajenos a una relación laboral, como es el caso de los clientes asiduos a una empresa o centro comercial o los alumnos por parte de los profesores, en los centros de estudios. Esta precisión, es necesaria en la medida que el marco normativo

contenido en la Ley N° 27942, busca regular el hostigamiento y acoso sexual ya sea en el ámbito público y privado.

IV. La interpretación de la Corte Suprema de los artículos 1, 4 y 5 de la Ley N° 27942 (Modificada por Ley N° 29430)

En la medida que la sentencia casatoria señala que por motivos de temporalidad, su interpretación se refiere al texto inicial de los artículos 1, 4 y 5 da Ley N° 27942, consideramos oportuno precisar que las modificaciones efectuadas son las siguientes:

Texto Inicial (Ley N° 27942)	Texto Modificado (Ley N° 29430)
<p>Artículo 1.- Del objeto de la Ley La presente ley tiene por objeto prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación.</p>	<p>Artículo 1.- Del objeto de la Ley La presente ley tiene el objeto de prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación. Igualmente, cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo.</p>
<p>Artículo 4.- Concepto El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.</p>	<p>Artículo 4.- De los conceptos 4.1 El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales. 4.2 El hostigamiento sexual ambiental consiste en la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad.</p>

(3) Artículo 2.- El objetivo de la presente Ley es prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y de docencia.
 (4) OIT. “La hora de la igualdad en el trabajo”. Octubre 2003. Informe digitalizado extraído del sitio web de la Unión General de Trabajadores de España Parte III. La OIT y los interlocutores sociales en acción <<http://www.ugt.es/informes/igualdad.html>>.
 (5) OIT. Estudio “Acoso sexual en el trabajo y masculinidad. Exploración con hombres de la población general: Centroamérica y República Dominicana”. Febrero 2013, p. 20. Publicado en el portal <www.ilo.org>.
 (6) Ob. cit., p. 24.

Artículo 5.- De los Elementos Constitutivos del hostigamiento sexual

Para que se configure el hostigamiento sexual debe presentarse alguno de los elementos constitutivos siguientes:

- a) El sometimiento a los actos de hostigamiento sexual es condición a través del cual la víctima accede, mantiene o modifica su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole.
- b) El rechazo a los actos de hostigamiento sexual genera que se tomen decisiones que conlleven afectar a la víctima en cuanto a su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole de la víctima.

Artículo 5.- De los elementos constitutivos del hostigamiento sexual

Para que se configure el hostigamiento sexual, debe presentarse alguno de los elementos constitutivos siguientes:

- a) El sometimiento a los actos de hostigamiento sexual es la condición a través de la cual la víctima accede, mantiene o modifica su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole.
- b) El rechazo a los actos de hostigamiento sexual genera que se tomen decisiones que afectan a la víctima en cuanto a su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole de la víctima.
- c) La conducta del hostigador, sea explícita o implícita, que afecte el trabajo de una persona, interfiriendo en el rendimiento en su trabajo creando un ambiente de intimidación, hostil u ofensivo.

Como podemos apreciar, la Ley N° 29430, antes que realizar modificaciones, se aboca a efectuar complementaciones al texto inicial dando un mayor nivel de protección en cuanto a su ámbito de aplicación; asimismo, recoge normativamente la conceptualización del denominado acoso ambiental, diferenciándolo del hostigamiento sexual típico e incorporando un tercer elemento constitutivo del hostigamiento sexual. En ese orden de ideas, consideramos que la interpretación efectuada por el colegiado supremo al texto inicial, es válidamente aplicable al texto modificado y actualmente vigente.

Asimismo, es menester precisar que el Reglamento de la Ley aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES, se encarga de regular aspectos importantes como lo es el Procedimiento de investigación tanto en el Régimen Laboral Privado y Público, resaltando en caso de los trabajadores del hogar. Asimismo, se delimita el desarrollo del Procedimiento en los Centros e Instituciones Educativas (Educación Básica y Superior No Universitaria), instituciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y las relaciones de sujeción no reguladas por el Derecho Laboral.

En ese sentido, la Corte Suprema considera que el artículo 1 de la Ley N° 27942, hace referencia al sujeto

infractor o si se quiere decir, al agente de la conducta hostil, pudiendo recaer en cualquier persona dentro de cualquier relación de autoridad o dependencia sin importar la naturaleza del régimen laboral a que pertenezca, lo cual para los efectos del Sector Público, puede recaer incluso en el propio Presidente de la República. Sobre este aspecto, atendiendo a la prevención como parte del objeto de la norma, resulta oportuno citar al Tribunal Constitucional Español que en su sentencia 250/2007⁽⁷⁾, otorgó amparo a una trabajadora (camarera de buque) que fue desatendida por la Jurisdicción social, y estableció la responsabilidad de la empresa por el acoso sexual que tuvo lugar por parte de un trabajador-supervisor, con lo cual, se evidencia que la sanción al empleador directo del acosador conlleva que este tenga un deber activo de adoptar medidas de vigilancia y eliminación de tales situaciones, lo cual genera prevención.

Por su parte, respecto a la interpretación del artículo 4 de la Ley, la Sala Suprema postula una interpretación extensiva antes que restrictiva, lo cual evidentemente, permite

identificar con claridad todo acto de connotación sexual, con la existencia de acoso u hostigamiento sexual, ello si bien es cierto, advertiría una suerte de reclamos de tal connotación, ello queda descartado al precisarse que tales comportamientos sean rechazado o no deseados por quien se considera agraviado.

Respecto al artículo 5, debemos tener presente que las conceptualizaciones efectuadas por el colegiado supremo son meridianamente claras en cuanto los elementos constitutivos del acoso sexual son de orden disyuntivo y no copulativo, es decir, basta que se presente uno de ellos para afirmar la existencia de un acoso. Sobre este particular, queda claramente establecido que no puede exigirse el sometimiento a la voluntad del acosador, para recién concluir que existe o existió un acoso sexual pasible de represión y sanción. Este punto es muy importante, pues es precisamente el error incurrido por la Sala Civil Del Santa, parte por considerar como requisito para la existencia del acoso sexual, el sometimiento de la trabajadora y en la medida que esta negó que se haya sometido a las propuestas del acosador, desestimó la demanda al considerar que no se había configurado un acoso sexual.

V. La prueba en el acoso u hostigamiento sexual

Si bien es cierto, consideramos acertado el establecer vía Precedente Vinculante la interpretación que se debe efectuar por parte de los operadores del Derecho, respecto a esta normativa de singular importancia, consideramos que la Corte Suprema ha dejado pasar una valiosa oportunidad para delimitar el aspecto probatorio en todas aquellas controversias relacionadas al tema.

(7) Dicha sentencia puede encontrarse en la web del Tribunal Constitucional Español: <<http://www.tri-bunalconstitucional.es>>.

Como ejemplo podemos graficar el proceso contencioso donde se ha expedido el Precedente Vinculante, cuya sentencia de primera instancia, declaró Infundada la demanda, argumentando que los medios probatorios consistentes en audios, no resultaban suficientes para acreditar que había existido un acoso sexual. Ello nos lleva a preguntarnos si es realmente posible contar con un determinado caudal probatorio que nos permita demostrar el acoso sexual. Consideramos que no. Para ello debemos partir por señalar que numerosos casos no llegan a la esfera de conocimiento de las autoridades del centro de trabajo y menos aún a los tribunales, pues son ocultados por las propias víctimas por temor a perder el empleo, y si a ello agregamos la escasez de pruebas, entonces el cometido de la norma pierde sentido.

Es importante por ello destacar que las características de todo acto que involucre un acto de hostigamiento u acoso sexual, propiamente las conductas de los eventuales acosadores suelen desarrollarse en ambientes solitarios, por lo general buscan aislar a sus víctimas, es decir, tales hechos se presentan en un contexto libre de otras personas que puedan observarlos. Esta situación dificulta a la hora de ser evaluados los hechos, pues quien esté inmerso en la investigación o conocimiento de la causa judicial, tiene un acceso limitado al conocimiento pleno de lo ocurrido, sin embargo, esto no debe servir como argumento para desestimar un eventual reclamo, pues en este aspecto es válidamente aplicable la determinación de la conducta hostil a partir de la prueba de indicios. En ese sentido, consideramos que una correcta interpretación del artículo 1 de la Ley N° 27942, sea en su texto original o modificado, involucra establecer que no puede ni debe exigirse la prueba

directa de los presupuestos fácticos, pues en este caso, dada la temática del asunto abordado, la prueba directa se subordina al valor de los indicios, sobre cuya base, el juzgador puede arribar al establecimiento de la configuración del acto hostil.

Sobre este particular destaca la “Guía para la prevención del hostigamiento sexual, en el ámbito laboral”⁽⁸⁾, elaborada por la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo, en la cual, recogiendo lo señalado en el artículo 8⁽⁹⁾ del Reglamento, precisa que pueden ser ofrecidas como pruebas: i) Declaración de testigos; ii) Documentos públicos o privados; iii) Grabaciones, correos electrónicos, mensajes de texto, fotografías, cintas de grabación, iv) Pericias psicológicas, psiquiátricas forenses, grafotécnicas, análisis biológicos, químicos, así como cualquier otro medio probatorio idóneo. En ese sentido, debe quedar claro que el ofrecimiento de tales pruebas es de carácter alternativo,

siendo muy importante la propia declaración de las partes, pues a través de ello, un juez válidamente puede advertir la existencia o no de una conducta hostigadora de connotación sexual.

A manera de conclusión

Consideramos oportuno el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, pues la emisión de la sentencia casatoria en calidad de Precedente Vinculante, no solo va a permitir establecer una línea de criterio para los jueces a nivel nacional, respecto al espíritu normativo de la Ley N° 27942, en cuanto busca prevenir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual, siendo necesario tener presente que el aspecto probatorio debe tener un especial análisis en cada caso particular, y sobre ello, es plenamente necesario que los jueces tengan presente el principio de Dirección del Proceso y su facultad de postular pruebas de oficio cuando la controversia lo requiera.

(8) <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/RRPP/guia_para_prevenir_hostigamiento_sexual.pdf>.

(9) Artículo 8.- Finalidad, oportunidad y tipo de medios probatorios.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en las autoridades a cargo del proceso de investigación por hostigamiento sexual.

Los encargados de la investigación deberán evaluar los medios probatorios así como todos los indicios existentes que coadyuven a determinar la comisión de los hechos por los actos denunciados.

En aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia, corresponde a la víctima del hostigamiento sexual probar lo que afirma en la queja presentada, al punto de crear una duda razonable a su favor para que la queja sea admitida a trámite.

Las pruebas que podrán presentarse son entre otras:

- a. Declaración de testigos.
- b. Documentos públicos o privados.
- c. Grabaciones, correos electrónicos, mensajes de texto telefónicos, fotografías, objetos, cintas de grabación, entre otros.
- d. Pericias psicológicas, psiquiátricas forense, grafotécnicas, análisis biológicos, químicos, entre otros.
- e. Cualquier otro medio probatorio idóneo.

Las partes podrán presentar las pruebas que estimen convenientes en las oportunidades que señala cada procedimiento, las mismas que se actuarán. Incluso, se podrá realizar una confrontación entre las partes, siempre que sea solicitada por la persona presuntamente hostigada. Deberá tenerse en cuenta la intangibilidad del contenido de los medios probatorios e incidentes que formaran parte de la documentación relativa a la investigación, tramitación y resolución en los procedimientos que correspondan a cada una de las instituciones a que alude la ley, no pudiendo introducirse enmendaduras, alteraciones o entrelineados, ni agregados.



SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PÚBLICO

RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE LA LEY N° 30057 - LEY DEL SERVICIO CIVIL

Brucy PAREDES ESPINOZA^()*

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente artículo el autor analiza el régimen disciplinario de la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil, desarrollando los fundamentos de esta y las posibles contingencias, que pudiera causar la falta de regulación sobre un aspecto determinado de la norma, y la aplicación del procedimiento sancionador general al régimen disciplinario especial que impone la ley.

Introducción

El 04-07-13 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 30057 denominada Ley del Servicio Civil (en adelante la Ley), que busca unificar los distintos regímenes de trabajadores del Estado, tanto trabajadores del Decreto Legislativo N° 276, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y los trabajadores regidos por el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento.

Esta norma como un cuerpo legal unificado, regula de manera ordenada y sistémica, distintas facetas del empleo público⁽¹⁾ que, como sabemos, ha tenido una planificación poco coherente a los largo de los años debido en parte al crecimiento desordenado del empleo público y al uso ineficiente de los recursos públicos, así esta norma pretende, a la luz de la moderna administración de los recursos humanos, brindar los mecanismos legales para el desarrollo del empleo público.

Uno de estos mecanismos, referido a alentar o desalentar ciertas conductas en los empleados públicos, dentro de un coherente sistema de administración de recursos humanos, es la creación de incentivos positivos y negativos. En las siguientes líneas siguientes abordaremos, solo, los incentivos negativos, integrados con reglas de aplicación, denominado régimen disciplinario, regulados en el Título V de la Ley del Servicio Civil denominado “Régimen disciplinario y procedimiento sancionador” normado desde el artículo 85 al 98 de la ley.

I. Conceptos básicos

Primero conviene aclarar un aspecto de la regulación del empleo público que se pasa por alto, la de establecer que no existe igualdad entre la facultad sancionadora y la facultad disciplinaria del Estado debido a que no son sinónimos, y cuya relación es, más bien, de género a especie, donde el género es la facultad sancionadora –que se desarrolla a través del procedimiento administrativo sancionador– y

(*) Asesor laboral de *Soluciones Laborales*, egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(1) En este análisis se utilizará el término de empleo y empleado público preferentemente, para hacer alusión a todos los trabajadores sujetos a distintos regímenes.

la especie la facultad disciplinaria, representada por el procedimiento disciplinario.

1. Procedimientos disciplinario y sancionador

Ambos términos se suelen tomar como sinónimos, pero son distintos. El procedimiento disciplinario se origina en el poder de dirección del Estado que actúa como empleador y el poder sancionador proviene del poder punitivo del Estado.

Se les suele denominar, indistintamente, procedimientos administrativos, respecto al sancionador no existe incoherencia pues se ajusta a lo que la ley de la materia establece como acto administrativo (Ley N° 27444) y como la doctrina lo entiende. El acto administrativo se origina a raíz del procedimiento administrativo, que es un acto externo, que va dirigido a los administrados, los empleados públicos no son administrados, por tanto la denominación de procedimiento administrativo disciplinario no es coherente, pues producto del procedimiento disciplinario surge un acto de administración interno, que se dirige al interior del órgano que lo inició, per se no es acto administrativo.

Por otro lado, las normas que regulan las atribuciones del Estado, sancionan diversas inconductas (faltas disciplinarias, faltas al código de ética, incumplimiento a las normas de incompatibilidad, entre otras) sin diferenciar claramente entre las facultades disciplinarias que tiene un empleador (inherente de una relación laboral/subordinada, aplicables al Estado cuando actúa como tal) de las facultades sancionadoras administrativas (inherentes del Estado y que la ejerce aun cuando no exista una relación laboral o esta ya se haya extinguido).

Esta diferencia, que parecería solo teórica, tiene efectos prácticos concretos, toda vez que es la que permite y sustenta la capacidad sancionadora

del Estado y las limitaciones de este cuando actúa frente a las personas que le prestan servicios, y que justifican en última instancia la sanción imponible a aquellos extrabajadores.

Como se señaló, el empleo público es complejo debido a que la regulación del procedimiento disciplinario no tiene que ver solo con normas laborales, sino también con normas administrativas, esto quiere decir que posee un importante grupo de normas laborales y otro sector de normas administrativas, que puede confundir si no se tiene cuidado, el cual la Ley N° 30057 no ha tenido, pues, su Título V se denomina Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador, cuando lo coherente debió ser régimen disciplinario y procedimiento disciplinario.

Entonces el derecho disciplinario está relacionado con el empleo público, este con una administración eficiente y eficaz, y para lograr su cometido tiene que motivar conductas en los empleados públicos, esta ley posee normas de incentivos como también normas de desincentivo, por tanto la ley contempla un mecanismo para que el empleado público pueda ser desmotivado para cometer ciertas conductas, denominadas faltas, que acarrearán un decisión gravosa que genera perjuicio, denominada sanción.

II. Tipicidad de las faltas

El artículo 85 de la ley tipifica las faltas de carácter disciplinario señalando que:

“(…)

Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo:

a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento.

- b) La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores.
- c) El incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior del personal jerárquico y de los compañeros de labor.
- d) La negligencia en el desempeño de las funciones.
- e) El impedir el funcionamiento del servicio público.
- f) La utilización o disposición de los bienes de la entidad pública en beneficio propio o de terceros.
- g) La concurrencia al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes.
- h) El abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro.
- i) El causar deliberadamente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de esta.
- j) Las ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos o por más de cinco (5) días no consecutivos en un periodo de treinta (30) días calendario, o más de quince (15) días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta días (180) calendario.
- k) El hostigamiento sexual cometido por quien ejerza autoridad sobre el servidor civil, así como el cometido por un servidor civil, cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica de la entidad pública.

- l) Realizar actividades de proselitismo político durante la jornada de trabajo, o a través del uso de sus funciones o de recursos de la entidad pública.
- m) Discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica.
- n) El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo.
- ñ) La afectación del principio de mérito en el acceso y la progresión en el servicio civil.
- o) Actuar o influir en otros servidores para obtener un beneficio propio o beneficio para terceros.
- p) La doble percepción de compensaciones económicas, salvo los casos de dietas y función docente.
- q) Las demás que señale la ley”.

Esta norma no establece la gravedad de las faltas, por lo que esta norma hay que aplicarla en conjunto con el artículo 87, que establece que la sanción aplicable debe ser proporcional a la falta cometida y se determina evaluando la existencia de las siguientes condiciones:

- “(…)
- a) Grave afectación a los intereses generales o a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado.
 - b) Ocultar la comisión de la falta o impedir su descubrimiento.
 - c) El grado de jerarquía y especialidad del servidor civil que comete la falta, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía de la autoridad y más especializadas sus funciones, en relación con las faltas, mayor es su deber de conocerlas y apreciarlas debidamente.

- d) Las circunstancias en que se comete la infracción.
- e) La concurrencia de varias faltas.
- f) La participación de uno o más servidores en la comisión de la falta o faltas.
- g) La reincidencia en la comisión de la falta.
- h) La continuidad en la comisión de la falta.
- i) El beneficio ilícitamente obtenido, de ser caso.

Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

La destitución acarrea la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública. El servidor civil que se encuentre en este supuesto, no puede reingresar a prestar servicios a favor del Estado por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de que la resolución administrativa que causa estado es eficaz.

Si un servidor civil es declarado responsable de un delito doloso, mediante sentencia que cause estado, o que haya quedado consentida, o ejecutoriada, culmina su relación con la entidad”.

De una lectura simple, se puede apreciar que estas condiciones son agravantes, en tal sentido tendrían que incrementar la sanción, pero qué sanción, sobre qué baremo tiene que partir la autoridad cuando inicie el procedimiento disciplinario.

1. Principio de legalidad y tipicidad

Señala el inciso f) artículo III de la Ley del Servicio Civil que, el régimen del servicio civil se rige únicamente por lo establecido en la Constitución Política, la presente ley y sus normas reglamentarias.

Respecto al principio de legalidad como garantía del debido proceso el Tribunal Constitucional ya ha establecido, que: “el principio de legalidad está reconocido en el inciso d), numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política, y exige que una sanción, sea de índole penal o administrativa, cumpla con tres requisitos: (i) la existencia de una ley; (ii) que la ley sea anterior al hechos sancionado; y (iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado”⁽²⁾.

Del principio de legalidad se desprende el principio de taxatividad o de tipicidad. Sin embargo, no se puede equiparar ambos principios como sinónimos pues el principio de legalidad “se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta”⁽³⁾.

En este sentido, el principio de taxatividad o de tipicidad representa “una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”⁽⁴⁾.

(2) STC Exp. N° 535-2009-PA, caso Rodolfo Oroya Gallo, fundamento 30.

(3) Ibidem f. 32.

(4) Ibidem f. 33.

Así se señala que el principio de tipicidad consiste en la **definición clara de la conducta considerada como falta**. Y en concreto este principio es vulnerado, no porque no queda claro que una conducta constituye una falta, sino porque no queda establecido de forma precisa el grado de esta (leve, grave o muy grave) y qué tipo de sanción corresponde aplicar ante tal circunstancia. En este sentido el órgano colegiado concluye que al no existir una definición clara y precisa sobre lo que se considera como falta grave y advirtiéndose que la sanción no está claramente establecida para cada conducta, se concluye que el régimen disciplinario contemplado no guarda relación con el principio de taxatividad.

Ahora, los artículos 85 y 87 de la ley no establecen gravedad⁽⁵⁾ de las faltas sin embargo se entiende, que esto no vulnera el principio de tipicidad ya que en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, se permitirá prever con suficiente certeza, la naturaleza y característica esencial de las conductas constitutivas de la infracción tipificada⁽⁶⁾

De esta manera, apreciamos que las conductas sancionables puedan preverse con suficiente certeza, esperando que el reglamento desarrolle de manera nítida, clara y sencilla la gravedad de las faltas.

La ley en su artículo 91 precisa que los actos de la administración pública que impongan sanciones disciplinarias deben estar debidamente motivados de modo expreso y claro, identificando la relación entre los hechos y las faltas, y los criterios para la determinación de la sanción establecidos en la presente ley.

La sanción corresponde a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad. Su aplicación no es necesariamente correlativa ni automática. En cada caso la entidad pública debe contemplar no solo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor.

Y aclara que los descuentos por tardanzas e inasistencias no tienen naturaleza disciplinaria, por lo que no eximen de la aplicación de la debida sanción.

2. Régimen de los exservidores de las entidades

El artículo 86 de la Ley establece que los ex servidores civiles de una entidad se acogen a las restricciones establecidas en el artículo 241 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Al respecto la Ley N° 27444 establece:

“Artículo 241.- Restricciones a ex autoridades de las entidades

241.1 Ninguna ex autoridad de las entidades podrá realizar durante el año siguiente a su cese alguno de las siguientes acciones con respecto a la entidad a la cual perteneció:

241.1.1 Representar o asistir a un administrado en algún procedimiento respecto del cual tuvo algún grado de participación durante su actividad en la entidad.

241.1.2 Asesorar a cualquier administrado en algún asunto que estaba pendiente de decisión durante su relación con la entidad.

241.1.3 Realizar cualquier contrato, de modo directo o indirecto, con algún administrado apersonado a un procedimiento resuelto con su participación.

241.2 La transgresión a estas restricciones será objeto de procedimiento investigatorio y, de comprobarse, el responsable será sancionado con la prohibición de ingresar a cualquier entidad por cinco años, e inscrita en el Registro respectivo”.

Existen diversas leyes que, desde diversos enfoques, establecen limitaciones al derecho de trabajo y a la libertad de contratación de las autoridades, funcionarios, servidores y personas jurídicas privadas.

Para el caso concreto las normas que regulan las incompatibilidades derivadas del ejercicio de una actividad privada por parte de un servidor o funcionario público (en ejercicio o no), son evaluadas conforme a la Ley N° 27588 - Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funciones y servidores públicos y su reglamento.

Asimismo, el mencionado artículo 241 de la Ley N° 27444 establece prohibiciones similares a las previstas en la Ley N° 27588, pero circunscritas a las exautoridades de las entidades públicas. El procedimiento de investigación y sanciones respectivas se encuentra regulado por la misma Ley N° 27444.

Aun cuando hay casos en los que una misma conducta podría implicar la violación de una o más de las normas antes indicadas, debe quedar claramente establecida la independencia de cada cuerpo normativo, por lo que la identificación efectiva de los supuestos de hechos previstos en una de las normas, constituye causal suficiente para aplicar las sanciones que dicha norma prevé.

(5) Curiosamente el texto original del Proyecto de Ley N° 1846 /2012-PE, sobre el que se elabora la Ley del Servicio Civil sí establecía qué faltas eran consideradas leves o graves; así también lo hacía el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social; pero en el Texto Sustitutorio de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, sobre el que se promulgó la Ley N° 30057, la graduación de las faltas desaparece.

(6) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*. Lima, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 629.

Un dato resaltante, respecto a la Ley N° 27588 es que establece la imposición de una penalidad ascendente al monto total de las remuneraciones, honorarios, dietas o cualquier otro beneficio económico percibido o pactado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiera lugar (artículo 4).

Al respecto la norma no diferencia si esta penalidad se refiere también a extrabajadores, pero mediante Informe Legal N° 082-2010-SERVIR/GG-AOJ, la Oficina de Asesoría Jurídica, absolvió una consulta respecto de la imposición de la penalidad a que se refiere el artículo 4 de la Ley N° 27588.

La oficina concluye que el artículo 4 de la Ley no hace mención alguna entre servidores y exservidores, por lo que es de aplicación para todas las personas que se encuentren en los impedimentos, independientemente si mantienen o han mantenido vínculo laboral, estatutario o contractual, hasta un año posterior al cese o a la culminación del servicio prestado.

3. Tipos de sanciones

El artículo 88 de la ley establece las sanciones aplicables según las faltas cometidas estableciendo que pueden ser:

- a) Amonestación verbal o escrita.
- b) Suspensión sin goce de remuneraciones desde un día hasta doce (12) meses
- c) Destitución.

Señala que toda sanción impuesta al servidor debe constar en el legajo, el artículo 87 señala que la destitución acarrea la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública. El servidor civil que se entre en este supuesto, no podrá prestar servicios a favor del Estado por un plazo de cinco (5) años, contados a partir de que la resolución administrativa que cause estado es eficaz.

El artículo 89 señala que la amonestación es verbal o escrita. La amonestación verbal la efectúa el jefe inmediato en forma personal y reservada. Para el caso de la amonestación escrita la sanción se aplica previo proceso administrativo disciplinario. Es impuesta por el jefe inmediato. La sanción se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces.

El artículo 90 regula la suspensión y la destitución, estableciendo que la suspensión sin goce de remuneraciones se aplica hasta por un máximo de 365 días calendario previo procedimiento administrativo disciplinario. El número de días de suspensión es propuesto por el jefe inmediato y aprobado por el jefe de recursos humanos o quien haga las veces, el cual puede modificar la sanción propuesta. La sanción se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.

La destitución se aplica previo proceso administrativo disciplinario por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. Es propuesta por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces y aprobada por el titular de la entidad pública, el cual puede modificar la sanción propuesta. Se oficializa por resolución del titular de la entidad. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.

3.1. La inclusión de la amonestación verbal en el legajo

La ley contiene previsión expresa sobre la competencia para imponer la sanción de amonestación. Y la pone directamente el superior de manera personal y reservada.

La amonestación verbal es la sanción que se impone al servidor como

consecuencia de incurrir en falta leve, y puede ser entendida como una llamada de atención al servidor. En tal sentido, la finalidad de dicha sanción no es otra que prevenir la comisión de futuras faltas, y por ende, imponer sanciones más severas si persistiese el comportamiento indebido del servidor.

En ese sentido, la amonestación verbal, por su propia naturaleza, no se oficializa con algún documento; sin embargo, ello no impide que pueda dejarse alguna constancia sobre su imposición (por ejemplo a través de una comunicación del jefe directo a la oficina de recursos humanos a fin que dicho órgano la incluya en el legajo personal del servidor sancionado) principalmente para fines probatorios en caso de una eventual reincidencia, que amerite, de ser el caso, mayores sanciones⁽⁷⁾.

3.2. Distinción de la destitución de otras sanciones: Registro de sanciones

Señala el artículo 98 que las sanciones de suspensión y destitución deben ser inscritas en el registro nacional de sanciones de destitución y despido creado por el artículo 242 de la Ley N° 27444, que administra la Autoridad Nacional de Servicio Civil. La inscripción es permanente y debe indicar el plazo de la sanción.

El artículo 242 de la Ley N° 27444 establece que la presidencia del consejo o quien este designe organiza y conduce en forma permanente un Registro Nacional de Sanciones de destitución y despido que se hayan aplicado a cualquier autoridad o personal al servicio de la entidad, independientemente de su régimen laboral o contractual, con el objeto de impedir su reingreso a cualquiera de las entidades por un plazo de cinco años. Este registro es regulado por el Decreto Supremo N° 089-2006-PCM.

(7) En el mismo sentido el Informe Legal N° 666-2011-SERVIR/GG-OAJ.

La destitución se debe distinguir de las demás sanciones que pudieran ser impuestas a un exfuncionario o servidor luego de su cese⁽⁸⁾, **por las consecuencias inhabilitantes que tal medida per se genera.**

El artículo 87 de la ley establece que la destitución acarrea la inhabilitación automática y no podrá reingresar a prestar servicio al Estado, por un plazo de 5 años contados desde que la resolución administrativa que causa estado es eficaz. Ahora el artículo 241 faculta inhabilitar a exautoridades, sin lugar a duda es un grupo pequeño, pero muy importante dentro la administración pública.

A partir del contenido de dichas normas, puede inferirse lo siguiente:

- a) Si un exservidor ha sido destituido de una entidad, esta medida acarrea la inhabilitación de aquel para ser designado o ingresar a una entidad diferente dentro del plazo establecido, con la consecuente inscripción en el mencionado registro.

Si pese a la inhabilitación, el exfuncionario o servidor destituido hubiese sido designado como funcionario en una nueva entidad, tal designación estaría viciada y la relación no podría continuar.

- b) Si la destitución ha sido impuesta por una primera entidad cuando el exservidor está prestando servicio en otra entidad, tal sanción también tendría un efecto inhabilitante sobre dicha persona, impidiendo que la segunda relación jurídica persista, debiendo la nueva entidad hacer efectiva la destitución⁽⁹⁾.

Al finalizar este periodo el exservidor se encontrará rehabilitado por ejercer función pública, la ley no lo contempla expresamente, pero al ser la inhabilitación una medida temporal cuyo plazo máximo es de cinco años y una vez cumplido el plazo la prohibición desaparece.

3.3. Las medidas correctivas

La autoridad puede dictar medidas correctivas para revertir en lo posible el acto que causó el daño a la entidad pública o a los ciudadanos. El artículo 97 establece esta posibilidad, que es distinta de una medida disciplinaria, y que muchas veces se confunde, e incluso se alega como base para sustentar una violación al principio de non bis in idem o de la doble sanción por el mismo hecho.

4. Órganos competentes para aplicar sanciones

El artículo 92 de la ley establece:

Son autoridades del procedimiento administrativo disciplinario:

- a) El jefe inmediato del presunto infractor.
- b) El jefe de recursos humanos o quien haga sus veces.
- c) El titular de la entidad.
- d) El tribunal del servicio civil.

Las autoridades del procedimiento cuentan con el apoyo de un **secretario técnico**, que es de preferencia abogado y designado mediante resolución del titular de la entidad. El secretario técnico puede ser un servidor civil de la entidad que se desempeña como tal, en adición a sus funciones. El secretario técnico es el encargado de precalificar las presuntas faltas, documentar la actividad probatoria, proponer la fundamentación y administrar los archivos emanados del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria de la entidad pública. No tiene capacidad de decisión y sus informes u opiniones no son vinculantes.

La secretaría técnica depende de la oficina de recursos humanos de la entidad o la que haga sus veces.

Cualquier persona que considere que un servidor civil ha incurrido en una conducta que tenga las características de falta disciplinaria, debe informarlo de manera verbal o escrita ante la Secretaría Técnica. La denuncia debe expresar claramente los hechos y adjuntar las pruebas pertinentes.

5. El debido procedimiento administrativo disciplinario

El numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, reconoce a los administrados el goce de los derechos y garantías del debido procedimiento administrativo, que comprende los derechos a exponer argumentos, exponer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

En el caso de los procedimientos administrativos disciplinarios, la exigencia del respeto irrestricto de tales derechos y garantías adquiere una dimensión mayor, toda vez que en ellos los derechos de los administrados son más profundamente influidos por la decisión de la administración.

Al respecto, debe señalarse que la potestad sancionadora de la administración pública es el poder jurídico que permite castigar a los administrados cuando estos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente, a efectos de incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico y desincentivar la realización de infracciones. El procedimiento sancionador en general, establece

(8) La sanción de destitución por comisión de falta de carácter disciplinario es una causal de terminación del Servicio Civil (inciso g. artículo 49).

(9) En el mismo sentido el Informe Legal N° 223-2010-SERVIR/GG-OAJ.

una serie de pautas mínimas comunes para que todas las entidades administrativas con competencia para la aplicación de sanciones la ejerzan de manera previsible y no arbitraria. En ese sentido, el artículo 230 de la Ley N° 27444, establece cuáles son los principios de la potestad sancionadora administrativa.

Asimismo, debe considerarse que el debido procedimiento reconoce el derecho de los administrados a la defensa y a una decisión debidamente motivada y fundamentada, que conforme al numeral 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso y, además el Tribunal Constitucional ha señalado al respecto que, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo; siendo el derecho de defensa parte del derecho al debido proceso, el cual se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés⁽¹⁰⁾.

Bajo este esquema de protección al debido procedimiento el artículo 93 de la ley establece que la autoridad del procedimiento administrativo disciplinario de primera instancia inicia el procedimiento de oficio o a pedido de una denuncia, debiendo comunicar al servidor por escrito las presuntas faltas y otorgarle un plazo de cinco (5) días hábiles para presentar el descargo y las pruebas que crea conveniente para su defensa. Para tal efecto, el servidor civil tiene derecho a conocer los documentos y antecedentes que dan lugar al procedimiento. Vencido el plazo sin la presentación de los descargos, el proceso queda listo para ser resuelto. Cuando

la comunicación de la presunta falta es a través de una denuncia, el rechazo a iniciar un proceso administrativo disciplinario debe ser motivado y notificado al que puso en conocimiento la presunta falta, si estuviese individualizado.

Previo al pronunciamiento de las autoridades del proceso administrativo disciplinario de primera instancia y luego de presentado los descargos, el servidor civil procesado puede ejercer su derecho de defensa a través de un informe oral, efectuado personalmente o por medio de un abogado, para lo cual se señala fecha y hora única.

La autoridad del procedimiento administrativo disciplinario de primera instancia realiza las investigaciones del caso, solicita los informes respectivos, examina las pruebas que se presenten e impone las sanciones que sean de aplicación.

Durante el tiempo que dura el procedimiento administrativo disciplinario el servidor civil procesado, según la falta cometida, puede ser separado de su función y puesto a disposición de la oficina de recursos humanos. Mientras se resuelve su situación, el servidor civil tiene derecho al goce de sus remuneraciones, estando impedido de hacer uso de sus vacaciones, licencias por motivos particulares mayores a cinco (5) días o presentar renuncia.

5.1. Prescripción

La competencia para iniciar procedimientos administrativos disciplinarios contra los servidores civiles decae en el plazo de tres (3) años contados a partir de la comisión de la falta y uno (1) a partir de tomado conocimiento por la oficina de recursos humanos de la entidad, o de la que haga sus veces.

La autoridad administrativa resuelve en un plazo de treinta (30) días hábiles. Si la complejidad del procedimiento ameritase un mayor plazo, la autoridad administrativa debe motivar debidamente la dilación. En todo caso, entre el inicio del procedimiento administrativo disciplinario y la emisión de la resolución no puede transcurrir un plazo mayor a un (1) año.

Para el caso de los ex servidores civiles, el plazo de prescripción es de dos (2) años contados a partir de que la entidad conoció de la comisión de la infracción.

5.2. Principio de inmediatez

El principio de inmediatez consiste en establecer plazos razonables que deben existir para aplicar una sanción determinada, en el caso la ley establece que es razonable el plazo de un año entre el inicio del procedimiento y la emisión de la resolución (artículo 94).

Esta resolución solo puede pronunciarse de dos formas, atribuyendo responsabilidad o no atribuyéndola. En el primer supuesto, el vínculo subsiste y el servidor continúa prestando servicio o se reincorpora si ha sido separado de su función, pero si la resolución atribuye responsabilidad es válido preguntarnos, si se aplica el principio de inmediatez en la ejecución de la resolución y cuál es el plazo.

En los regímenes laborales que operan en el Estado, incluyendo la nueva ley, no existe normativa que precise de manera expresa cuál es el plazo que tienen la entidades públicas para la ejecución de resoluciones que impongan sanciones, no obstante, aun cuando ello no ha sido regulado, las entidades públicas se encuentran en la obligación de respetar el principio de inmediatez en la ejecución de

(10) Resolución N° 00339-2013-SERVIR/TSC-Primera Sala.

sanciones, a fin de garantizar el respeto a los derechos laborales de los servidores civiles.

En resumen la ley establece un plazo de tres años desde la comisión de la falta; 1 año desde que recursos humanos tomó conocimiento, vencidos estos plazos la competencia para sancionar decae, prescribe.

En este extremo es preciso realizar una aclaración que realizó el TC en la sentencia de fecha 16 de abril de 2004 recaída en el Expediente N° 0812-2004-AA:

“(…) si bien el artículo 173 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM establece que el proceso administrativo disciplinario debe iniciarse en un plazo no mayor de un año, contado desde el momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria, **este debe contabilizarse desde que se haya determinado la falta cometida e identificado al presunto responsable de la misma (...)**”.

(Fundamento jurídico N° 4)

La pertinencia de la transcripción se debe a que la norma comentada es casi idéntica a un extremo del artículo 94 de la Ley N° 30057, pero la ley difiere en establecer varios plazos de prescripción para el inicio del procedimiento disciplinario y establece incluso un plazo máximo para emitir la respectiva resolución, que sumado desde su configuración hasta la emisión de la resolución no puede superar 5 años.

En conclusión se puede determinar que la ejecución de la resolución que establece sanción debe ser un plazo **razonable**; de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de inmediatez y el debido proceso.

5.3. El tercero denunciante

El artículo 93.1 establece que la autoridad del procedimiento administrativo

disciplinario de primera instancia inicia el procedimiento de oficio o a pedido de una denuncia y cuando la comunicación de la presunta falta es a través de una denuncia, el rechazo a iniciar un proceso administrativo disciplinario debe ser motivado y notificado al que puso en conocimiento la presunta falta, si estuviese individualizado.

El artículo 92, último párrafo, establece que cualquier persona que considere que un servidor civil ha incurrido en una conducta que tenga las características de faltas disciplinarias, debe informarlo de manera verbal o escrita ante la Secretaría técnica. La denuncia debe expresar claramente los hechos y adjuntar las pruebas pertinentes.

De esto se desprende dos supuestos que la denuncia del tercero puede ser de dos tipos: una donde asume un rol de denunciante y se identifica –individualiza– y otra como informante, la denominada *notitia criminis*.

Al respecto es indispensable aclarar que la norma no está autorizando al tercero para que sea parte del procedimiento en caso de encontrarse disconforme con la decisión de rechazar la denuncia, esto debido a que carece de legitimidad.

La legitimidad constituye la relación de titularidad que existe entre las partes y los intereses sustanciales invocados por ellas, siendo que cuando se lesiona el derecho (titular) o interés legítimo individual (persona afectada) recién se generaría el derecho de acción (derecho a iniciar un procedimiento administrativo). Esto es un presupuesto procesal referido a la relación objetiva entre la identidad de la persona que recurre a la Administración y el derecho subjetivo material o interés legítimo del cual señala ser titular o persona afectada.

El procedimiento administrativo disciplinario, al igual que el procedimiento administrativo sancionador, se inicia de oficio, siendo la denuncia efectuada por cualquier persona el medio a través de la cual la administración pública toma conocimiento de supuestas infracciones, a efectos de investigar y sancionar, en caso de que se acredite la comisión de la infracción o falta disciplinaria, sin que ello conlleve que el denunciante sea considerado sujeto del procedimiento⁽¹¹⁾.

La ley también establece que es una obligación del servidor civil el de informar a la autoridad superior o denunciar ante la autoridad correspondiente los actos delictivos, faltas disciplinarias o irregularidades que conozca (inciso f, artículo 93).

6. El procedimiento de los medios impugnatorios

El artículo 95 de la Ley N° 30057 establece el procedimiento de los medios impugnatorios:

“95.1 El término perentorio para la interposición de los medios impugnatorios es de quince (15) días hábiles, y debe resolverse en el plazo de treinta (30) días hábiles. La resolución de la apelación agota la vía administrativa.

95.2 La interposición de los medios impugnatorios no suspende la ejecución del acto impugnado.

95.3 El recurso de apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas, se trate de cuestiones de puro derecho o se cuente con nueva prueba instrumental. Se dirige a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico. La apelación es sin efecto suspensivo”.

(11) Resolución N° 03641-2012-SERVIR/TSC-Primera Sala.

De acuerdo al artículo 206 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona algún derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos.

En el marco del servicio civil, en materia disciplinaria, los servidores y funcionarios públicos disponen de los recursos administrativos de **reconsideración** y **apelación** para impugnar, en sede administrativa, las medidas disciplinarias que sus entidades empleadoras le hubieran aplicado.

Sin embargo, debe tenerse presente que, para la interposición del recurso de reconsideración (ante el mismo órgano que emitió el acto que se desea impugnar), el recurrente debe aportar una nueva prueba (aquella que no haya sido valorada antes por la administración); en caso contrario, el recurso puede ser declarado improcedente. El artículo 95.1 regula la reconsideración, ya que es el único medio impugnatorio que puede ser resuelto por la autoridad administrativa otorgando 15 días hábiles para su interposición y 30 días hábiles para ser resuelto.

Pero, si el sancionado interpusiera recurso de apelación (esto es, cuando la impugnación se trate de cuestiones de diferente interpretación de las pruebas producidas, se trate de cuestiones de puro derecho o se cuente con nueva prueba instrumental), debe presentarse el recurso ante la misma autoridad que emitió el acto que se desea impugnar, para que luego esta lo remita al Tribunal del Servicio Civil (dentro de las 24 horas siguientes), para su resolución en segunda y última instancia administrativa, según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023.

La interposición de cualquiera de los recursos administrativos señalados (reconsideración, ante la autoridad

emisora del acto administrativo; y apelación, ante el Tribunal del Servicio Civil), no suspende la ejecución de la sanción disciplinaria que se quiere impugnar, salvo que una norma legal establezca lo contrario, según lo dispuesto en el numeral 216.1 del artículo 216 de la Ley N° 27444⁽¹²⁾.

6.1. Adopción de medidas cautelares en los procedimientos recursivos

Cabe agregar que, mediante una medida cautelar accesoria a un procedimiento recursivo (a petición de la parte interesada), la autoridad competente puede suspender los efectos del acto administrativo que se quiere impugnar, en tanto resuelve el recurso administrativo interpuesto, según lo establecido en el numeral 146.1 de la Ley N° 27444.

De acuerdo con dicha norma, se admite que dentro de un procedimiento administrativo a su cargo, la autoridad administrativa dicte medidas cautelares (como la suspensión de los efectos del acto impugnado) con la finalidad de asegurar el cumplimiento y eficacia de sus decisiones.

En materia disciplinaria, la instancia competente para dictar medidas cautelares sería la misma autoridad que aplicó la sanción que se quiere impugnar (cuando el recurso interpuesto sea de reconsideración) o el Tribunal del Servicio Civil (tratándose de los recursos de apelación).

Esto guarda relación con lo establecido en el último párrafo del artículo 17 del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, referido a que la interposición del recurso de apelación no suspende la ejecución de la decisión

que se desea impugnar, salvo medida cautelar del Tribunal; a diferencia de las resoluciones derivadas de los procesos sancionadores administrativos contra un administrado (como por ejemplo un multa de tránsito o el retiro de una licencia de funcionamiento) a las cuales si se les aplica el proceso regulado en la Ley N° 27444.

Esto quiere decir que para los procesos disciplinarios ante el Tribunal, no basta solo la apelación para suspender la ejecución, a contrario sensu en el proceso sancionador regulado por la Ley N° 27444 en donde cabe la posibilidad de suspender la ejecución.

Cabe señalar que, en cualquiera de dichos supuestos, conforme al artículo 611 del Código Procesal Civil (aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos), para que la autoridad administrativa pueda emitir la medida cautelar, no basta solamente el pedido de la parte interesada, sino que deben concurrir tres requisitos:

- a) La verosimilitud en el derecho,
- b) Peligro en la demora; y,
- c) La razonabilidad de la medida solicitada para garantizar la eficacia de la decisión.

En caso faltase alguno de estos requisitos no sería factible que la autoridad administrativa pudiera dictar la medida cautelar.

7. Medidas cautelares contra el servidor civil

El artículo 96 de la ley faculta a la autoridad administrativa a que:

Luego de comunicar por escrito al servidor civil sobre las presuntas

(12) Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 2744.

“Artículo 216.- suspensión de la ejecución

216.1 la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

(...)”.

faltas, la autoridad del proceso administrativo disciplinario puede, mediante decisión motivada, y con el objeto de prevenir afectaciones mayores a la entidad pública o a los ciudadanos, separarlo de su función y ponerlo a disposición de la Oficina de Personal para realizar trabajos que le sean asignados de acuerdo con su especialidad, o exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo.

Las medidas cautelares se ejercitan durante el tiempo que dura el proceso administrativo disciplinario, siempre que ello no perjudique el derecho de defensa del servidor civil y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. Excepcionalmente, cuando la falta presuntamente cometida por el servidor civil afecte gravemente los intereses generales, la medida cautelar puede imponerse de modo previo al inicio del procedimiento administrativo disciplinario. La validez de dicha medida está condicionada al inicio del procedimiento correspondiente.

Las medidas cautelares pueden ser modificadas o levantadas durante el

curso del procedimiento administrativo disciplinario, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento administrativo disciplinario en la instancia que impuso la medida, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

8. Vigencia de la norma

La Novena Disposición Complementaria Final, inciso a) señala que las normas de esta ley sobre régimen disciplinario y procedimiento sancionador, se aplican a los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276 y 728 una vez que entren en vigencia las normas reglamentarias de dicha materia.

La ley deja entrever la existencia de un único régimen disciplinario y

procedimental para ambos regímenes, pero no ha tomado en cuenta las diferencias de régimen de contratación de personal existente al momento de definir las sanciones a aplicar, toda vez que prevé como sanciones: i) Amonestación verbal o escrita, ii) Suspensión sin goce de remuneraciones desde un día hasta por doce (12) meses, iii) Destitución; sin establecer algún criterio que considere la naturaleza del vínculo que una (o haya unido) al infractor con el Estado. El reglamento tendrá que adecuar su regulación para brindar solución a los problemas que podrían presentar el unificar regímenes distintos sin afectar el debido procedimiento.

Reflexión final

La nueva ley sin duda ha generado polémica entre los sectores a los cuales va dirigida, respecto a temas puntuales, pero en cuanto al régimen disciplinario guarda la misma ortodoxia que ha definido al régimen público durante los últimos años, claro con un intento de establecer un régimen disciplinario único.

UNIDAD III: PRECEDENTES VINCULANTES SOBRE LOS REGIMENES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO

1. NEVES MUJICA, Javier (julio 2015). *“¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?”*.

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

¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?

ius360.com/publico/constitucional/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco/

El Tribunal Constitucional (TC) difundió en su web su sentencia en el caso *Rosalía Huatuco* (Exp. N° 05057-2013-PA/TC), que calificó como *precedente vinculante* estableciendo criterios que los jueces deben seguir al resolver los amparos interpuestos por trabajadores públicos despedidos que pretendan su reposición por corresponderles un contrato de trabajo a plazo indeterminado en el régimen laboral privado. Sea porque ingresaron a laborar en tal condición, o porque fueron contratados bajo otras modalidades contractuales cuya desnaturalización fue acreditada en dichos procesos[1].

La Sentencia dice que dichos trabajadores solo serán repuestos si prueban que fueron contratados a plazo indeterminado, cuentan con una plaza presupuestada e ingresaron por concurso público. Regla de aplicación inmediata *inclusive para los procesos de amparo en trámite*, que serán declarados improcedentes y derivados a un juzgado laboral que dará un plazo limitado al trabajador para que pida una indemnización bajo apercibimiento de archivar el proceso. No se repondrá a nadie que no satisfaga los tres requisitos enunciados.

El *precedente Huatuco* (PH) elimina la *reposición laboral por desnaturalización del contrato* para los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado. 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 TC que, amparando el derecho fundamental a no ser despedido sin una causa justa, *aún si no hubieran ingresado por concurso*, concedía dicha reposición si se comprobaba en aplicación del principio de *primacía de la realidad* que el ente público incurrió en fraude y existió un despido arbitrario[2]. En el caso *Eusebio Llanos Huasco*[3], el TC dijo que el artículo 27 de la Constitución prescribe que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” y que, mediante dicho precepto, no se consagra un derecho a la estabilidad laboral absoluta, sino el derecho del trabajador a una “*protección adecuada*” contra el despido arbitrario. Aunque el texto constitucional no diga explícitamente cómo puede entenderse esta protección, la esfera que la Constitución demanda – según dijo – una que satisfaga un criterio mínimo de *proporcionalidad* “o, como dice expresamente el texto constitucional, [que] se trate de medidas “*adecuadas*”[4].

Aunque para el TC el régimen *resarcitorio* es compatible con los principios y valores constitucionales, según éste un régimen sustantivo de protección adecuada contra el despido arbitrario no es incompatible con un sistema de protección de carácter “procesal”. Es decir un régimen que establezca una vía procesal de eficacia restitutoria: “*Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional* [5]. Esencialmente porque, como indica el artículo 1 de la Ley N° 23506, “la finalidad del amparo no es ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de la violación de un derecho o libertad fundamental – en este caso un despido arbitrario – sino “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. Y eso solo puede ocurrir con la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente[6].

Para el TC, “(...) la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad y, por consiguiente, el despido carecerá de efecto legal cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos.”[7] En ese contexto, ha dicho, “al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir”[8]. [Énfasis agregado]

El artículo 7.d del Protocolo de San Salvador (PSS), del que el Perú es parte, establece que “(...) En casos de despido injustificado, *el trabajador* tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. Así pues, de acuerdo con el PSS, el derecho es del trabajador y solo él, como titular del derecho, puede reivindicar la forma de restitución que deriva de su violación.

El artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce, además, el derecho de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” Y la Corte Interamericana ha dicho que para que el Estado cumpla esta obligación no basta con que los recursos existan formalmente, sino que deben tener efectividad[9], de modo que si los recursos intentados por las víctimas no son capaces de producir el resultado restitutorio para el que fueron concebidos, se viola el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana.

Empero, en el precedente Huatuco, el TC ha establecido que aunque un trabajador sujeto al régimen laboral privado y ligado a una entidad estatal acredite judicialmente la desnaturalización de su contrato y reclame su reposición por haberse violado su derecho fundamental al trabajo, no será repuesto a menos que pruebe que fue contratado a plazo indeterminado, que cuenta con una plaza presupuestada y que ingresó por concurso público. Y lo ha hecho a sabiendas de que la responsabilidad de contratarlo a plazo indeterminado en una plaza presupuestada y previo concurso público no dependía de él, sino de la entidad estatal que lo contrató.

Es irrazonable, sin embargo, que la sanción por no realizar dichos concursos, o prever las plazas respectivas y el carácter indeterminado de sus contratos, recaiga sobre el trabajador y no sobre el Estado cuando es éste quién habitualmente actúa de este modo para violar los derechos laborales de sus trabajadores. Y más grave, que se deniegue un recurso efectivo contra esta lesión al derecho humano al trabajo, privando de efectos restitutorios a los recursos intentados por las víctimas. El precedente Huatuco impone una condición discriminatoriamente disminuida a estos trabajadores respecto de sus pares en el sector privado, que si pueden acceder a la reparación restitutoria que la ley prevé para quienes prueban, en base al principio de primacía de la realidad, que sus contratos fueron desnaturalizados y fueron despedidos sin una causa justa.

¿Deben o no los jueces aplicar este precedente en los procesos que conozcan ahora o más adelante? Mi opinión es que no, (i) porque se contraponen al derecho a un trabajo en el que no se limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador, así como a una protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos definidos por los artículos 23 y 27 de la Constitución y el artículo 7 del PSS; (ii) porque

discrimina inconstitucionalmente a los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado respecto de sus pares en el sector privado; (iii) porque se opone al derecho a la protección judicial consagrado en artículo 25.1 de la CADH; (iv) porque deriva los procesos de Amparo tramitados actualmente a jueces y procedimientos que no estaban predeterminados legalmente desconociendo el artículo 139.3 de la Constitución según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)”; y (v) porque, en vez de desincentivarse los despidos arbitrarios en el Sector Público, se estimula la violación impune de los derechos constitucionales de los trabajadores implicados, validando y pretendiendo hacer irreversibles tales despidos.

En base al principio de independencia de los jueces, éstos tienen el derecho/deber de apreciar con sentido crítico los precedentes judiciales que estimen contrarios a la Constitución con cargo al principio/derecho de independencia judicial^[10]. Independencia que justifica que apliquen, razonada y argumentadamente, el control difuso que la Constitución les reserva para asegurar la primacía de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte. Una de ellas es la CADH y su protocolo adicional, el PSS, respecto de los cuales la Corte Interamericana ha dicho que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, “sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interpreté última de la Convención Americana”^[11].

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

Fuente de la imagen: <http://librosdederechoperuano.blogspot.com/>

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

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

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

[4] Tribunal Constitucional, Sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco Vs. Telefónica, párr. 11.

[5] Ídem, párr.13.b.2.

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

[7] Tribunal Constitucional, Sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco Vs. Telefónica, párr. 15.

[8] Expediente 976-2001-AA/TC, Sentencia del 13 de marzo del 2003, Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., párr. 15.

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

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

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