ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ESTUDIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHOS DEL TRABAJADOR
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Presentación

La Academia de la Magistratura pone a disposición de los profesionales del Derecho, la presente publicación elaborada por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en virtud de un convenio con nuestra institución.

La obra *"Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional"*, tiene por finalidad divulgar principalmente las resoluciones del Tribunal Constitucional y sus fallos, mediante el análisis y comentarios de expertos juristas en la materia. Asimismo, estudia los principales criterios de interpretación en materia laboral y previsional utilizados por el Tribunal Constitucional. Estos fueron discutidos en los diferentes talleres de Análisis de Jurisprudencia Constitucional organizados por la Academia de la Magistratura con la colaboración de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en las ciudades de Lima, Ica, Trujillo y Arequipa en el año 2003.

La importancia de esta publicación, como se precisa en la introducción de la obra, radica en que las sentencias del Tribunal Constitucional trascienden el campo estrictamente laboral y previsional. Incluso, las decisiones del órgano de control de la constitucionalidad implican políticas que abarcan los campos del empleo, social y económico. Al mismo tiempo promueven la reforma legislativa y constitucional.

La publicación tiene dos partes. En la primera se exponen artículos de sólida doctrina elaborados por prestigiosos profesores de derecho laboral. La segunda parte del texto contiene una selección de la más reciente e importante jurisprudencia constitucional en tres campos fundamentales: en materia laboral general, donde se analizan dos casos emblemáticos en los que son parte el Segu-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ro Social del Perú (ESSALUD) y, la Municipalidad Provincial del Sullana. El segundo grupo de sentencias aborda la controvertida materia de la estabilidad laboral y protección contra el despido arbitrario, en el caso del Sindicato Único de Trabajadores del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Por último, el tercer tópico abordado en esta selección de jurisprudencia presenta la reciente evolución en materia previsional.

Esperamos que esta obra sea de provecho y de imprescindible revisión para los magistrados que administran justicia en la especialidad laboral y, en general, para todo profesional que requiera consultar sus valiosas páginas.

Elcira Vásquez Cortéz
Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República
Presidenta del Consejo Directivo de la
Academia de la Magistratura

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA
Jr. Camaná N° 669, Lima 1, Perú
Telefonos: (51-1) 428-0300 / 428-0265
Fax: (51-1) 428-0219
Internet. http://www.amag.edu.pe
E-mail: postmast@amag.edu.pe

ORGANO DE GOBIERNO

Dra. Elcira Vásquez Cortez
Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Manuel Catacora Gonzales
Vicepresidente del Consejo Directivo

Dr. Ricardo La Hoz Lora
Consejero

Dr. Pedro Mendez Jurado
Consejero

Dr. Javier Mendoza Ramirez
Consejero

Dr. Francisco Távara Córdova
Consejero

Dr. Fernando Vidal Ramirez
Consejero

ORGANO EJECUTIVO

Dr. Oscar Gómez Castro
Director General (e)
Director Académico

Sr. Mario Valcarcel Aragón
Secretario Administrativo

Guía del Lector

La Academia de la Magistratura no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas en los artículos publicados en este libro.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA
BIBLIOTECA
04693

Primera edición, Lima, Perú, octubre de 2004
4,000 ejemplares
ISBN N° 9972-779-25-4
Hecho el depósito legal N° 1501012004-7331
Diseño, diagramación e impresión: Empresa Peruana de Servicios Editoriales - Segraf - Editora Perú S.A.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

CONTENIDO

PRESENTACION
Dra. Elcira Vásquez Cortez

Vocal Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República
Presidenta del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura 9

INTRODUCCION
Dr. Jaime Zavala Costa
Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Dr. Fernando García Granara
Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

COYUNTURA Y PERSPECTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL.....11

EL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Dr. Jorge Toyama Mitagusuku..... 33

LOS DERECHOS INESPECIFICOS LABORALES: ANALISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Dr. Juan Carlos Cortés Carcelén.....57

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Dra. Luz Pacheco Zerga.....77

EL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Dr. Carlos Blancas Bustamante.....87

LA ADECUADA PROTECCION PROCESAL CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO: Comentarios a sentencias
Dr. Luis Vinatea Recoba.....107

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

DERECHO AL TRABAJO Y DESPIDO ARBITRARIO
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Dr. Pedro Morales Corrales 123

LOS SUPUESTOS DE REPOSICIÓN EN EL DESPIDO INDIVIDUAL
Dr. Elmer Guillermo Arce Ortiz 149

LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PENSIONARIA
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Dr. Javier Neves Mujica 165

INCORPORACIÓN Y DESINCORPORACIÓN EN EL REGIMEN DE PENSIONES
DEL ESTADO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Dr. César Gonzales Hunt 187

LOS EFECTOS DE LA AMPARIZACIÓN
Dr. Mario Pasco Cosmópolis 209

LOS TOPES PENSIONARIOS EN EL REGIMEN DE PENSIONES DEL ESTADO
Dr. Fernando García Granada 217

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS NO PERSONALES
Dr. Carlos Guillermo Morales 237

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

EN MATERIA LABORAL

Selección a cargo del *Dr. Fernando García Granara* 257

- Expediente N° 0895-2001-AA/TC
  Lucio V. Rosado Adanaqué contra el Seguro Social del Perú 258

- Expediente N° 2132-2000-AA/TC
  Luis A. Escobar Carrillo contra la Municipalidad
  Provincial de Sullana 269

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL Y PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO 273

. Expediente N° 1124-2001-AA/TC
Sindicato Unico de Trabajadores del Perú y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú 274

. Resolución aclaratoria de sentencia.....285

. Expediente N° 976-2001-AA/TC
Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú 292

EN MATERIA PREVISIONAL

Selección a cargo del *Dr. Fernando García Granara*.....315

. Expediente N° 007-96-I/TC Inconstitucionalidad del art. 10 del DL 25967 que modifica el goce de pensiones de jubilación que administra el IPSS.....317

. Expediente N° 008-96-I/TC Inconstitucionalidad de artículos del DLeg 817 Ley de Régimen Previsional a cargo del Estado 339

. Expedientes Nos. 005-2002-AI/TC, 006-2002-AI/TC y 008-2002-AI/TC Inconstitucionalidad del art. 6°, numeral 6.1. Ley 27617 que modifica diversos artículos de los Decretos Leyes 19990 y 20530.....381

. Expediente N° 403-2000-AA/TC
Victoria Yupanqui Mendoza contra Director Regional Educación de Región Moquegua-Tacna 403

. Expediente N° 156-2001-AA/TC
Rosa Pantoja de Farro contra Ministerio de Salud, Instituto de Salud del Niño y ONP.....406

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

. Expediente N° 189-2002-AA/TC
Carlos Duarte contra Superintendencia de Banca y Seguros y ONP.....410

. Expediente N° 002-2003-AI/TC
Inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley 27617 que reestructuro regímenes de pensiones 419

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Introducción

Coyuntura y perspectivas de la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional

Jaime Zavala Costa
Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Lima, ex Ministro de Trabajo y Promoción Social.

Fernando García Granara
Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Vice Ministro de Trabajo y de Promoción Social.

La publicación "Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional" refleja la coincidencia de intereses y actividades de la Academia de la Magistratura y de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Contiene artículos de doce especialistas que realizan un análisis jurídico de los pronunciamientos más actuales e importantes del Tribunal Constitucional en materia laboral y previsional.

Tribunal Constitucional. Tales criterios han sido objeto de revisión en los diferentes Talleres de Análisis de Jurisprudencia Constitucional organizados por la Academia de la Magistratura con la colaboración de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad, en las ciudades de Lima, Ica, Trujillo y Arequipa durante el año 2003.

Las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas al resolver acciones de amparo y acciones de inconstitucionalidad trascienden el campo estrictamente laboral y previsional, y comprenden temas relativos a la teoría general de aplicación de normas en el tiempo, la tutela judicial efectiva, la naturaleza de las acciones de amparo, el efecto horizontal de los derechos constitucionales y su oposición frente a los particulares, entre otros. Es más, a través de sus sentencias, el Tribunal Constitucional plantea cuestiones de política de empleo, política social, política económica, y formula recomendaciones de reforma legislativa y constitucional.

En el interés de analizar dichos pronunciamientos desde una perspectiva académica y práctica y, en particular, revisar las incidencias de la interpretación del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico nacional tanto constitucional como legal, se llevaron a cabo una serie de Talleres de Análisis de la Jurisprudencia Constitucional dirigidos a magistrados de todos los distritos judiciales que de una u otra forma tenían competencia para resolver este tipo de reclamos, teniendo en consideración que de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, los pronunciamientos del Tribunal se convierten en precedentes vinculantes para todos los magistrados.

En efecto, la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) señala que:

> *"Primera.-*
> *Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos."*

Por otro lado, el artículo 9° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley N° 23506, precisa:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *Artículo 9°.- Jurisprudencia obligatoria. Casos excepcionales.*
> *Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas puedan desprenderse principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución.*

Al convertirse en jurisprudencia obligatoria, las sentencias del Tribunal no resultan aisladas y su importancia trasciende el caso particular para trazar los criterios rectores de la jurisprudencia posterior. Se advierte entonces el interés y la importancia en definir cuáles son los criterios de interpretación acuñados por el Tribunal Constitucional que habrán de constituirse en precedentes vinculantes para casos similares y, en definitiva, en criterios rectores de la política laboral, social y económica en el marco de la actual Constitución Política.

Sin embargo, estos pronunciamientos no han estado exentos de la discusión pública habiéndose trasladado el debate a los medios de comunicación social. Tal debate, por cierto, no se limitó a la opinión estrictamente jurídica, generándose así posiciones diversas y hasta opuestas en los actores y gremios sociales, en los representantes del Poder Ejecutivo, que obtuvieron respuesta del Tribunal Constitucional a través de la ratificación de criterios en algunos casos y su rectificación y modificación expresa en otros. En realidad, se han acuñado criterios que en determinados casos han consolidado y ratificado la corriente jurisprudencial anterior y en otros, constituyen nuevos criterios de interpretación.

Al margen de las opiniones jurídicas que los pronunciamientos originen, es preciso reconocer que se trata de un cambio radical en la interpretación constitucional con influencia directa en la práctica jurídica, la apreciación judicial y en el ordenamiento jurídico.

I ACERCA DE ESTA PUBLICACION

1. La Academia de la Magistratura y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: la experiencia de los Talleres

Con fecha 12 de junio del 2003, la Academia y la Sociedad celebraron un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional para desarrollar programas de estudio en temas relacionados con el derecho laboral y la seguridad social en beneficio de los magistrados del Poder Judicial, Ministerio Público y demás agentes involucrados en el servicio de administración de justicia.
En el marco de este Convenio Interinstitucional, la Academia acogió la pro-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

puesta de la Sociedad de realizar un primer Taller de Análisis de la Jurisprudencia Constitucional en materia laboral y previsional para los magistrados de los distritos judiciales de Lima y Callao. Este Taller proponía el análisis de las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional en materia laboral y previsional a propósito de los pronunciamientos dictados sobre protección contra el despido arbitrario, los derechos adquiridos en materia previsional y la incorporación de los diferentes regímenes pensionarios, que habían originado una larga discusión pública.

Los expositores en este Primer Taller, llevado a cabo en el local de la Academia de la Magistratura de Lima el 17 de julio de 2003 fueron expertos y profesores universitarios, miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entidad académica plural que integra a especialistas en derecho laboral y seguridad social a nivel nacional.

La experiencia positiva de este Taller fue trasladada a las ciudades de Ica, Trujillo, Arequipa y nuevamente Lima, permitiendo una participación de todos los magistrados laborales y mixtos de la República, lo que representa un significativo logro para la Academia de la Magistratura dentro de la función que le corresponde.

Desde el punto de vista de la metodología y de contenido temático, cada Taller presentaba una exposición general de las resoluciones y un desarrollo especializado del tema. Tal es el caso de la protección contra el despido arbitrario, que comprendía temas como la protección preventiva, la protección reparadora, el despido con lesión de derechos constitucionales, el despido nulo, entre otros.

Los ensayos que contiene este libro reflejan precisamente la selección y detalle de los temas con ocasión de las intervenciones y ponencias presentadas por los especialistas a estos Talleres. Esta metodología en el tratamiento de los temas ha permitido, a nuestro juicio, por un lado, un análisis profundo de las resoluciones del Tribunal en el marco de la doctrina laboral y constitucional, especialmente en relación con los criterios acuñados por el Tribunal y el contenido constitucional que les sirve de base; y, por otro lado, un enfoque crítico de los pronunciamientos luego de confrontarlas con argumentos doctrinarios y normativos.

2. Contenido de la publicación: los autores y su aporte

Esta publicación reúne doce ensayos de comentarios y análisis jurídico de las consideraciones y criterios de interpretación constitucional que se desprenden de las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La actualidad y utilidad de este libro se evidencian cuando tiene interés no sólo para el análisis académico, sino también para la práctica judicial, pues permite identificar los criterios de interpretación del Tribunal Constitucional y ponderarlos desde una perspectiva estrictamente jurídica para advertir su contenido, alcance y aplicación a casos similares.

El libro tiene tres partes temáticas, con la misma secuencia que siguieron los talleres: la primera, dirigida al análisis de la jurisprudencia constitucional en materia laboral, que comprende los temas vinculados a aspectos laborales en general. La segunda parte aborda los temas relacionados al despido, estabilidad laboral y la protección contra el despido arbitrario. La tercera parte se dirige al análisis de la jurisprudencia en materia previsional, que comprende a su vez varios temas.

Además, se presenta una selección de los pronunciamientos del Tribunal que precisamente son objeto de análisis en cada uno de los ensayos con la finalidad de que el lector pueda seguir las referencias que hacen los autores a las resoluciones.

En la primera parte, sobre la jurisprudencia en materia laboral, encontramos los artículos de Juan Carlos Cortés Carcelén, Carlos Guillermo Morales Morales, Luz Pacheco Zerga, Mario Pasco Cosmópolis y Jorge Toyama Miyagusuku.

El Profesor **Juan Carlos Cortés Carcelén** nos presenta de modo didáctico la teoría y aplicación práctica que ha tenido en la jurisprudencia constitucional la teoría de los "derechos inespecíficos laborales" frente a los denominados "derechos específicos laborales" o los que conforman el bloque de laboralidad de los derechos constitucionales[1]. La virtud del texto del Juan Carlos Cortés reside en el análisis de la doctrina y las diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional identificando una corriente firme, que se consolida con las recientes resoluciones, las cuales reconocen el ejercicio de los derechos constitucionales del individuo como trabajador y como persona.

Por su parte, **Carlos Guillermo Morales Morante** revisa un tema de actualidad que viene siendo tratado en diferentes sentencias del Tribunal: los contratos de servicios no personales y la obligación de reposición que asume la entidad pública. El artículo analiza una secuencia temporal de la jurisprudencia teniendo en cuenta a la entidad pública contratante como un criterio para determinar la

1 En la expresión del profesor Manuel Carlos Palomeque López.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

aplicación de normas legales. Su entrada al tema es la verificación de una "laborización", que se aprecia en la aplicación de conceptos laborales, principios como el de primacía de la realidad, y los elementos del contrato de trabajo, incluso en el derecho público.

El artículo de la Profesora **Luz Pacheco Zerga** se concentra en el examen de los derechos fundamentales del trabajador y en particular la objeción de conciencia, temas desarrollados por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 19 de agosto de 2002, dictada en la acción de amparo seguida por Lucio Rosado, médico de Essalud, a quien se le había asignado laborar el día sábado, día en el cual no podía prestar servicios en razón de sus creencias religiosas (las mismas que establecían al sábado como día dedicado al culto). La autora explica, desde una perspectiva jurídica y con referencias históricas, la libertad de conciencia, de religión y de creencia, a efectos de ubicar la objeción de conciencia y su ejercicio como persona y trabajador.

A su turno, **Mario Pasco Cosmópólis** presenta la problemática generada con la apertura de la vía constitucional a los reclamos laborales, tema que se ubica en la base del sistema de protección de los derechos, contrastando la regulación de la protección en sede laboral y tal regulación en sede constitucional, advirtiendo el desequilibrio que genera en las partes la exclusión del recurso extraordinario para el demandado, lo que a juicio del autor afecta la configuración del derecho al debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano.

Finalmente, **Jorge Toyama Miyagusuku** desarrolla el principio de primacía de la realidad en jurisprudencia constitucional. El autor analiza la primacía de la realidad en relación con la existencia de una relación jurídico - laboral, que requiere acreditar los elementos del contrato de trabajo. Así, contrasta las figuras contractuales de la locación de servicios, los servicios no personales y la "cuarta-quinta categoría" con los diferentes pronunciamientos del Tribunal que reconocen la aplicación del principio y sus efectos.

La segunda parte analiza el tema de la protección contra el despido arbitrario, tema que ha originado un trascendente debate jurídico, acerca del régimen constitucional y legal de estabilidad laboral. Los artículos nos presentan posiciones jurídicas diferentes y plurales en cuanto a la crítica o aceptación de las consideraciones del Tribunal. En esta parte, colaboran los profesores Elmer Arce Ortiz, Carlos Blancas Bustamante, Pedro Morales Corrales y Luis Vinatea Recoba.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Elmer Arce Ortíz analiza los supuestos de reposición en el despido individual de acuerdo a los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional y distinguiendo de modo didáctico tanto la referencia sustantiva como la vía procesal de impugnación al que puede ajustarse el cuestionamiento del despido individual. Se trata de un texto que permite ubicar los casos de impugnación del despido en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, **Carlos Blancas Bustamante,** desarrolla un tema trascendente en la construcción de un sistema de protección constitucional. Se trata del derecho a la protección de los derechos constitucionales en el caso del despido, tema que va más allá del despido arbitrario y que tiene en su base la garantía de defensa de derechos constitucionales fundamentales que pueden ser afectados con ocasión del despido. Carlos Blancas hace una presentación de los orígenes de la protección constitucional, y su recepción para temas laborales en la doctrina y en el Tribunal Constitucional peruano.

Pedro Morales Corrales dirige su análisis a la sentencia del 13 de marzo de 2003 y a los diferentes temas que presenta respecto a la protección contra el despido arbitrario. Para ello se detiene en revisar el derecho al trabajo y el derecho a la protección contra el despido arbitrario, admitiendo en este último caso, la opción de indemnización y de reposición de acuerdo a los Convenios Internacionales.

Luis Vinatea Recoba se ocupa de los mecanismos de protección procesal que el Tribunal Constitucional desarrolla en la sentencia del 13 de marzo del 2003, y entra a analizar el contenido del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario y su defensa, precisando que el despido puede afectar otros derechos de carácter constitucional. Este análisis lleva una opinión crítica del autor respecto a los argumentos del Tribunal Constitucional.

El tema previsional es analizado en la tercera parte, en la que escriben los doctores Fernando Garcia Granara, César González Hunt y Javier Neves Mujica.

Fernando García Granara presenta un estudio sobre los topes pensionarios en el régimen de pensiones del Estado. Para ubicar el estado actual de la cuestión, el autor presenta una secuencia normativa de los topes pensionarios, ponderando la regulación constitucional y legal con los diferentes pronunciamientos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional especialmente a propósito de las acciones de inconstitucionalidad que generaron criterios de interpretación para la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

El tema de la incorporación y desincorporación al régimen de pensiones del Estado es tratado por **César Gonzales Hunt,** quien presenta una síntesis de la regulación normativa en el régimen de pensiones del Estado, para analizar en detalle las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y advertir las rectificaciones y modificaciones de criterio que ha tenido en sus diferentes pronunciamientos. En opinión del autor, a través de sucesivas resoluciones el Tribunal ha variado y rectificado su criterio aunque la revisión se concentra en aspectos netamente legales y no constitucionales, las cuales ya tenían un contenido preciso.

Javier Neves Mujica desarrolla el tema de los derechos adquiridos en la jurisprudencia constitucional, para lo cual analiza los argumentos utilizados por el Tribunal en las diferentes resoluciones opinando sobre su base jurídica y delimitando el criterio de interpretación respecto de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, concluyendo que el Tribunal introduce una excepción a la teoría del hecho cumplido que sustenta la aplicación inmediata de las normas jurídicas. Precisa además, que en materia de pensiones el Tribunal se aparta de la regla general para el ordenamiento jurídico, acogiendo la teoría de los derechos adquiridos y presentando la forma en que es aplicada para cada uno de los regímenes pensionarios.

Como se aprecia de los temas y de la metodología de análisis basada en el contraste con los pronunciamiento del Tribunal Constitucional, tenemos la convicción que esta publicación constituye un sólido aporte al Derecho, la cual permite la participación de la Academia y de la Sociedad en temas de actualidad y que inciden de modo trascendente en el quehacer jurídico de nuestro país.

II LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y DE PENSIONES

A continuación, nos permitimos presentar algunos comentarios a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a efectos de destacar los principales criterios de interpretación y sus argumentos.

1. Los criterios de la jurisprudencia constitucional que trascienden el campo laboral y previsional.

En nuestra opinión, hay dos criterios que a pesar de encontrarse desarrollados en sentencias relativas a materia laboral, tienen una aplicación extensiva a todo el campo del Derecho. Tal es el caso del reconocimiento del (i)

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

efecto horizontal de la defensa de los derechos constitucionales y del (ii) carácter alternativo de la acción de amparo para la defensa de derechos constitucionales.

1.1. La eficacia horizontal de defensa de los derechos fundamentales.

Este es un tema trascendente en la doctrina constitucional y laboral, que permite poner en evidencia el avance de la temática de los derechos fundamentales y la protección de la persona como titular de derechos subjetivos oponibles frente al Estado y los particulares.

Es más, como refiere Valdez Dal Re, los derechos fundamentales *"cumplen simultáneamente la doble función de identificar los derechos de nuestro tiempo y de caracterizar nuestra era como la del tiempo de derechos", y agrega "aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico- político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales".*[2]

En este mismo sentido señala Perez Luño que los derechos fundamentales tienen una significación axiológica objetiva, en tanto *"representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales" contribuyendo "con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infraconstitucional"*[3], y una dimensión subjetiva en virtud de la cual *"determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el estado que en sus relaciones entre sí".*

En este sentido, *"los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y promoción de la persona humana".*[4]

El Tribunal Constitucional peruano ha incorporado la tesis de la protección de los derechos constitucionales fundamentales y frente al Estado y frente a los particulares. Como precisa el Tribunal al desarrollar el tema de los efectos inter privatos de los derechos constitucionales: ".. *la fuerza normati-*

2 VALDEZ DAL RE, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona de trabajador. Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo Uruguay, 2003. Página 38. Notese el inicio del trabajo con la referencia directa a Norberto Bobbio

3 PEREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Editorial Tecnos. Séptima edición. Madrid. 1998. Páginas 22 – 25

4 Ibidem. Página 23.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

va de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a la establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales".[5]

Es así que, el Tribunal reconoce que el artículo 38°constitucional, según el cual todos los peruanos tienen el deber de respetar y cumplir con la Constitución, establece que *"la obligatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares con el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares".*[6]

Conforme a esta doctrina, que trasciende el campo laboral o previsional, el amparo es procedente contra cualquier agente que amenace o lesione derechos fundamentales.

1.2. El carácter alternativo de la acción de amparo.

En una interpretación del artículo 6° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley N° 23506, el Tribunal Constitucional, señala que en nuestro ordenamiento jurídico, *"el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales".*[7]

Lo que el Tribunal destaca es que la ley sanciona con la desestimación de la demanda si se ha optado por la vía ordinaria. Por ello, el amparo es alternativo, *"es decir, se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución".*[8]

En tal sentido, el justiciable puede optar entre recurrir a la defensa de sus derechos en sede ordinaria, que en este caso sería la laboral ante los Juzgados especializados de Trabajo, o recurrir a la defensa en sede constitu-

5 Fundamento N° 6 de la sentencia del 11 de julio de 2002, en la acción de amparo seguida por el Sindicato Unico de Trabajadores de Telefónica del Perú. (Expediente N° 1124-2001-AA/TC).

6 Fundamento N° 5 de la sentencia del 13 de marzo de 2003, en la acción de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. (Expediente N° 976-2001-AA/TC).

7 Como se aprecia del fundamento N° 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de marzo del 2003 dictada en la acción de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. (Expediente N° 976–2001 – AA/TC).

8 Ibidem

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cional a través de la acción de amparo. En el primer caso, lo que se discute es la infracción legal y sus consecuencias, mientras que en el segundo caso, lo que interesa es presentar el derecho constitucional y la identificación de la lesión, originando como efecto el retorno de las cosas al estado anterior a la violación. Por ello, la acción de amparo no debería dirigirse a una discusión legal sino de orden constitucional, de cuyo resultado se origina la aplicación o inaplicación de la regulación legal.

Este criterio puede ser extendido a cualquier materia y no es privativa del campo laboral. La vía ordinaria y la vía del amparo son alternativas y lo que analiza en sede constitucional es la afectación o violación constitucional, al margen de la existencia de una vía procesal especial que establezca un mecanismo de tutela judicial. *"En definitiva, ello significa que en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta. Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria".*[9]

2. El criterio de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales laborales.

El criterio más importante ha sido el reconocimiento explícito de que el trabajador como persona puede oponer el ejercicio y defensa de derechos fundamentales en el seno de la empresa y de la relación laboral, es decir, de los denominados "derechos inespecíficos laborales". A diferencia de los derechos laborales que tienen un contenido esencial y una regulación a través de la cual se conceden en forma expresa una serie de derechos y beneficios al trabajador, existen una serie de derechos que se conceden a la persona y no propiamente en su condición de trabajador, lo cual no significa que el trabajador no pueda ejercerlos.

En concordancia con la eficacia horizontal comentada anteriormente, el Tribunal desarrolla la tesis del amparo contra particulares y la eficacia directa de los derechos fundamentales, concluyendo que *"..no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordena-*

9 Fundamento N° 9 de la sentencia del 13 de marzo de 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

miento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar"[10].

Queda claro entonces el trascendente aporte de la jurisprudencia constitucional a la protección de los derechos fundamentales como trabajador y en el seno de la relación laboral, que no se excluye del orden constitucional. Se trata de un aporte al desarrollo del derecho del trabajo que, preciso es reconocerlo, constituye un criterio rector de la interpretación constitucional y de la actividad judicial.

3. En materia de protección contra el despido arbitrario.

Esta es la materia que mayor discusión jurídica y opiniones disímiles recibió[11], luego de que el Tribunal Constitucional expidiera la sentencia de fecha 11 de julio de 2002 y su aclaración de fecha 16 de setiembre de 2002 dictadas en la acción de amparo seguida por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente N° 1124-2001-AA/TC). En tal sentido, se ordenaba la reposición de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas en aplicación del artículo 34, segundo párrafo, del Texto Unico Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que habilita el despido sin expresión de causa.

Este caso originó una trascendente discusión jurídica en relación con el contenido esencial del derecho al trabajo contemplado en la Constitución Política de 1993, que en la interpretación acogida por el Tribunal Constitucional expresaba dos sentidos: por un lado, la adopción por parte del Estado de una política de empleo *"orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo"*[12], expresión de carácter general y programático que según la sentencia requiere de un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado y, por otro lado, la proscripción del despido, salvo por causa justa. En este segundo sentido, la habilitación legal contenida en el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral para admitir el despido sin expresión de causa con cargo al pago de una indemnización por despido arbitrario tarifada en la Ley, resultaba contrario y violatorio del principio de causalidad del despido que precisamente estaría garantizado por el derecho constitucional al trabajo.

10 Fundamento N° 9 de la sentencia del 13 de marzo de 2003.

11 A título de referencia puede citarse el número especial de Diálogo con la Jurisprudencia de octubre de 2002 que contiene siete artículos de comentarios a la sentencia del 11 de julio de 2002.

12 Véase el fundamento N° 12 de la sentencia del 11 de julio de 2002.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

El Tribunal sostenía en esta resolución que la regulación legal contenida en el artículo 34° de la LPCL (que establece el pago de una indemnización como única reparación frente al despido *ad nutum*, es decir, aquél basado en la voluntad discrecional del empleador), resulta inconstitucional, específicamente por contravenir el derecho al trabajo[13]. Según el Tribunal, plantear el problema en términos de derecho constitucional consiste en determinar *"si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo"* [14].

A nuestro juicio, el despido ad nutum no se ajusta al principio de causalidad en el despido que cautela la exigencia de causa justa. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico surgen dos aspectos que es preciso analizar en la posición del Tribunal expresada en la sentencia y en su aclaración: (1) La primera, respecto a la recurrencia al contenido esencial al derecho al trabajo como fundamento de la proscripción del despido incausado antes que desarrollar la norma constitucional de protección contra el despido arbitrario; y, (2) la segunda, en relación con la sanción de reposición frente a un despido sin expresión de causa.

3.1. El derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario.

a) La sentencia del 11 de julio de 2002 y su aclaración.

El primer punto de análisis consiste en establecer la razón en virtud de la cual el Tribunal recurre al derecho al trabajo del artículo 22 de la Constitución Política para construir la tesis de inconstitucionalidad del despido ad nutum que regula el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL. En estricto, antes que al artículo 22, el Tribunal debió recurrir al artículo 27 de la Constitución que reconoce el derecho a la protección contra el despido arbitrario y ubicar al principio de causalidad y la consiguiente prohibición del despido sin expresión de causa, como elementos del contenido esencial de esta disposición constitucional.

13 El segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL señala que "si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido".

14 Ibidem.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En la resolución del 11 de julio de 2002, el Tribunal se refiere al artículo 27 como un mandato al Legislador, el cual consagra un principio de reserva de ley y que no determina la forma de protección frente al despido arbitrario. (Fundamento N° 12). Y precisa que la inadecuada protección contra el despido arbitrario no puede interpretarse como un *"encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional"*, agregando que *"si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que lo acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible"*. (Fundamento N° 12).

Para construir su tesis, el Tribunal no desarrolla el contenido esencial del artículo 27, sino que reconduce el análisis al artículo 22 sobre el derecho al trabajo, de tal forma que ubica la causalidad del despido y la prohibición del despido ad nutum en otra disposición constitucional. Es decir, el núcleo duro o contenido esencial del derecho a la protección contra el despido arbitrario se encuentra en el artículo 22 de la Constitución, dado que el artículo 27 no tendría autonomía conceptual para proscribir el despido ad nutum, requiriéndose entonces de una aplicación conjunta con el artículo anteriormente citado.

A nuestro juicio, era posible darle un contenido esencial al derecho a la protección contra el despido arbitrario acogiendo como elemento fundamental el término *"adecuada"* cuando la norma reconoce el "derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario", que el Tribunal omite en su análisis, y que permitiría valorizar la causalidad en el despido e incluirla en el propio artículo 27 sin tener que recurrir a otra norma constitucional. Así, en esta interpretación, cuando el artículo 27 de la Constitución contempla una adecuada protección contra el despido arbitrario, sí determina la forma de protección – en contraposición a la tesis del Tribunal que considera que el artículo 27 no determina la forma de protección – la misma que debe responder a un principio de causalidad del despido, que el legislador debe cautelar. No hay entonces un mandato abierto al Legislador, sino un mínimo de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

protección que la ley debe garantizar, no en virtud del derecho al trabajo sino del propio artículo 27.

Es de advertir hasta aquí, que el término *"adecuada"* garantiza una exigencia mínima expresada en la causalidad del despido, mas no se refiere a la reposición o a la indemnización como mecanismos de reparación frente al despido arbitrario, cuestión que se analiza más adelante y que también forma parte de la discusión jurídica. Es decir, no se analizan aquí los efectos del despido arbitrario, sino la exigencia de causalidad.

Ahora bien, el desarrollo doctrinario que ha tenido el derecho al trabajo permite advertir la existencia de tres sentidos[15]: *"en primer término, la pretensión protegida por el propio texto constitucional – de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y finalmente, un puesto estable"*. El Tribunal, como se ha señalado, reconoce la existencia de dos sentidos, que coinciden con el primer y tercero antes citados. Esta posición doctrinaria, con un amplio desarrollo en la literatura jurídica y en la jurisprudencia española, tiene cabida en una regulación constitucional que no tiene disposición expresa sobre protección contra el despido arbitrario – como sí la tiene y de modo expreso la Constitución peruana – de tal forma que el derecho al trabajo – o al empleo en los términos de la Constitución española - se convierte en el eje de recepción y desarrollo del principio de estabilidad.

Es gráfica la expresión del profesor Pedrajas Moreno cuando al examinar las influencias de los derechos fundamentales constitucionalmente amparados ejercen sobre la institución laboral del despido, se pregunta *"si existe alguna previsión en la Constitución que, de forma expresa y explícita, se refiera a dicha figura"*[16] Y señala en referencia al régimen español: *"Evidentemente la respuesta es necesariamente negativa: ningún precepto constitucional, no ya de los que regulan los derechos fundamentales, sino incluso ningún otro de todo el texto de la Norma Fundamental, hace referencia directa al despido, estableciendo algún principio sobre su regulación o alguna garantía frente al mismo"*[17].

15 Al respecto, SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo. Editorial Trotta. Madrid. 1966. Página 231. En relación con la sentencia del Tribunal Constitucional nuestro comentario en GARCIA GRANARA, Fernando. El Derecho al empleo y el despido arbitrario. Revista Derecho y Sociedad N° 19. Página 247.

16 PEDRAJAS MORENO, Abdón. Despido y derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid. 1992. Página 139

17 PEDRAJAS MORENO. Ibidem.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En este caso particular, considerando la regulación constitucional peruana, era más efectivo y acorde con las normas constitucionales, desarrollar el contenido esencial del derecho a la protección contra el despido arbitrario, antes que construir una tesis basada en el derecho al empleo, que precisamente se basa en un aporte doctrinario construido en defecto de regulación expresa. Por ello, las categorías y argumentos doctrinarios que en esta sentencia daban contenido al derecho al empleo, reducen el campo de aplicación de la regulación constitucional de la protección contra el despido arbitrario, la que quedaba convertida en un mandato general al legislador sin límites conceptuales precisos.

El examen jurídico no puede dejar de relevar estos aspectos, al margen del interés social que el análisis de esta materia despierta, pues desde el punto de vista jurídico deben definirse los contenidos y límites de las reglas constitucionales.

b) El viraje sustancial de la posición del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del artículo 27 de la Constitución Política.

La posición del Tribunal ha tenido un viraje sustancial en la sentencia del 13 de marzo de 2003, al entrar a desarrollar el artículo 27 constitucional, dejando de lado la referencia directa al artículo 22 sobre el derecho al trabajo, aunque manteniéndola como una referencia para el caso del despido incausado. Entra pues el Tribunal a enfatizar y desarrollar, como correspondía desde la primera sentencia, el contenido esencial del artículo 27 y en especial el término "adecuada". Luego de reconocer que el artículo 27 constituye un "derecho constitucional de configuración legal", el Tribunal desarrolla una tipología de los mecanismos sustantivos y procesales de protección frente al despido arbitrario que contiene el artículo 27, distinguiendo en cuanto a los mecanismos sustantivos a la protección preventiva, que comprende la exigencia de causa y el procedimiento previo al cese, y a la protección reparadora, ubicando en esta última los diferentes supuestos de despido, sea que se trate de un despido con una regulación específica legal o aquellos que afectan derechos constitucionales fundamentales.

Señala el Tribunal, en criterio de interpretación, que *"el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible*

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en el artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la norma suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad..." (Fundamento N° 11).

Adviértase entonces, la idea de una proporcionalidad como pauta de regulación mínima que, en nuestra opinión, se aprecia en lo que atañe *"al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución, el legislador puede optar, entre otras fórmulas intermedias, por las siguientes"*, (Fundamento N° 12,a) de la que forman parte la dimensión sustantiva (preventiva o reparadora del despido) y la dimensión procesal de protección (que se presenta en función del reconocimiento de la indemnización o de la reposición como efectos del despido, así como la protección jurisdiccional). Así, el Tribunal entiende que la ley debe acoger "fórmulas intermedias", no absolutas ni extremas, garantizando la formalidad (derecho de defensa y debido proceso), la causalidad del despido y la adecuación a las normas constitucionales.

En la protección preventiva *"la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario"*, (Fundamento N° 12, a.1), por lo que la legislación exige el sometimiento a un procedimiento previo y la imputación de causa justa. Ya el Tribunal ha establecido un criterio según el cual, se presenta una lesión constitucional al debido proceso o al derecho de defensa cuando se infringen estas exigencias, lo que nos muestra una base constitucional diferente al del artículo 27[18]. Lo que puede derivarse de esta posición del Tribunal es que el artículo 27 contiene una referencia directa y específica a la exigencia del debido proceso y el derecho de defensa en el caso del despido disciplinario, que por sí solos o en conjunto pueden determinar, como lo reconoce el Tribunal, la reposición del trabajador por existir lesión constitucional.

18 Es interesante precisar los aspectos relativos a la formalidad que reviste el acto de la lesión constitucional al debido proceso y derecho de defensa. Nos remitimos al interesante artículo de ARCE ORTIZ, Elmer. La relevancia constitucional de la formalidades y procedimientos en el despido. La construcción del Tribunal Constitucional. En : Asesoría Laboral. N° 149. Mayo de 2003. Páginas 9 y siguientes.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En la protección reparadora contra el despido arbitrario el Tribunal se ocupa de la previsión legal de una compensación económica o una indemnización por el despido arbitrario, como una reparación patrimonial del despido. Y señala que la ley y el Protocolo de San Salvador, han *"previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional."* (Fundamento 12, a.2). Sin embargo, es preciso destacar que el Tribunal vincula la indemnización a la aceptación del trabajador, lo que significa que no analiza per se la indemnización como mecanismo reparador, dado que esta se encontraría subordinada a la aceptación del trabajador para extinguir la relación laboral. Ello tiene una objeción técnica, pues la calificación del acto de despido no se sujetaría a una regla objetiva prevista en el ordenamiento jurídico, sino que se desplaza en última instancia a la voluntad del trabajador.

Ahora bien, en lo que respecta a la lesión de derechos constitucionales, el Tribunal ratifica la tendencia jurisprudencial en el sentido de la protección constitucional que el ordenamiento jurídico debe proveer al justiciable retornando las cosas al estado anterior a la violación constitucional. Esta es la finalidad de la acción de amparo constitucional, de tal forma que *"el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario,"*. Este aspecto no se encuentra en discusión y es consecuencia del carácter alternativo del amparo, de su naturaleza jurídica de restitución y de la obligación del Estado de proveer mecanismos de protección frente a una lesión constitucional.

En cuanto a la afectación de derechos constitucionales, la sentencia se dirige a revisar las normas constitucionales que pueden afectarse con ocasión del despido. Es decir, el despido no sólo se ubica en el marco del artículo 27 constitucional sino que puede traer una lesión a otros derechos fundamentales constitucionales que requieren de una protección procesal. Este punto es importante en el avance de la protección a los derechos fundamentales pero no determina el contenido concreto del artículo 27.

En realidad, el punto central de construcción jurídica del contenido esencial del artículo 27 en cuanto a la protección restitutiva no radica en

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

la exigencia de causalidad en el despido, sino en la regulación de los efectos que el despido origina cuando se infringe esta exigencia, es decir, determinar si el sistema admite la indemnización o la reposición como efecto de la ilicitud del despido. Para que el despido origine la reposición (efecto restitutorio) con ocasión de una acción de amparo por afectación del artículo 27 debería afectar el contenido esencial de esta disposición, pero precisamente dicho contenido admite la posibilidad de una regulación legal que acoja la indemnización o la reposición, tal como lo establece el Protocolo de San Salvador.

En este orden de ideas, tanto la indemnización como la reposición, constituyen fórmulas intermedias que admite el artículo 27 en relación con su configuración legal.

No forman parte del contenido esencial del artículo 27 constitucional sino de otras disposiciones, la protección del debido proceso, el derecho de defensa, la libertad sindical, el principio de igualdad, entre otros, que tienen protección procesal en la legislación tanto como en sede constitucional. Ello, empero, no se encuentra en discusión.

3.3. Los efectos del despido arbitrario.

Un segundo punto de discusión jurídica respecto a la posición del Tribunal expresada tanto en la sentencia y en su aclaración, así como en la sentencia del 13 de marzo de 2003, se encuentra en determinar si la reposición es un mecanismo de reparación frente a un despido *ad nutum*.

En este tema y para efectos de delimitar las consecuencias originadas en un despido arbitrario, es preciso sentar como premisas las siguientes:

La lesión de derechos fundamentales de la persona constituye un acto inconstitucional que legitima la recurrencia a la acción de amparo.
El análisis de la lesión de derechos constitucionales en las acciones de garantía o en las acciones de inconstitucionalidad se realiza desde una perspectiva constitucional y con prescindencia de las instituciones legales de naturaleza laboral que se desarrollan a nivel infraconstitucional.
Corresponde al ordenamiento jurídico proveer al justiciable de los mecanismos más efectivos y rápidos que permitan la restitución y goce de sus derechos, lo que origina una protección sustantiva y procesal.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

- La sanción ante la lesión de derechos constitucionales es la invalidez del acto ilícito. Ello es concordante con la finalidad de las acciones de amparo cuya consecuencia principal es el efecto restitutorio, es decir, el retorno de las cosas al estado anterior al de la violación constitucional.

Advertidas estas premisas, corresponde definir si la afectación del derecho al trabajo o del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario son determinantes para el efecto restitutorio y la consiguiente reposición.

Ya hemos establecido que para que se produzca la reposición como consecuencia de una acción de amparo debe existir una lesión constitucional. Ello ocurre, como lo reconoce el Tribunal en la sentencia del 13 de marzo de 2003, en el caso del despido nulo, o en los despidos en los que se afecta el debido proceso o el derecho de defensa. Pero ¿cuál es la infracción constitucional en el despido arbitrario que no sea compatible con la indemnización?. Si la ley establece el pago de indemnización como sanción frente a un despido arbitrario y esta es una "formula intermedia" el despido arbitrario, sea sin expresión de causa o sin acreditación de la causa tendría el mismo efecto.

Ello no sucedería si el derecho al trabajo, con el contenido propuesto en la primera sentencia del 11 de julio de 2002, pudiera ser opuesto para lograr una reposición, pues en este artículo constitucional no hay un necesidad de un desarrollo legislativo. Es decir, el derecho al trabajo no constituye un derecho de configuración legal, sino que queda sujeto al contenido que el Tribunal le atribuye.

A nuestro juicio, la admisión del despido ad nutum por el legislador como "facultad" puede ser cuestionable en tanto no puede concederse un derecho al empleador, pero en estricto no es una facultad, pues está sujeta a una sanción del ordenamiento jurídico.[19] Es más, adviértase que el despido incausado tendría un tratamiento diferente al despido sin causa probada, pero en definitiva tienen el mismo efecto.

El Tribunal no resuelve esta observación, pero queda claro que el criterio de inconstitucionalidad respecto al despido incausado se ve ratificado con la sentencia del 13 de marzo de 2003, generándose entonces supuestos adiciona-

19 Véase el artículo de CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos y PIZARRO DIAZ, Mónica. EL derecho a no ser despedido sin causa y el derecho a no ser despedido sin causa justa. En Diálogo con la Jurisprudencia. Octubre 2002. Página 89 y siguientes.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

4. La jurisprudencia constitucional en materia previsional.

Es en esta materia en la que se observa de modo evidente las diferentes posiciones adoptadas por el Tribunal Constitucional. Es más, a nuestro juicio, es en estas sentencias en las que se aprecia una respuesta del Tribunal frente a las diferentes opiniones públicamente expuestas. En unos casos para ratificar el criterio y en otros para modificarlo y rectificarlo.[21]

Cuando nos referimos a las respuestas del Tribunal, estamos asumiendo una comunicación que formalmente no existe, pero que se evidencia del texto de las sentencias. En efecto, de la lectura de las mismas se desprende que los argumentos no se refieren al caso en resolución sino a consideraciones aplicables a otros casos. Precisamente a través de las nuevas sentencias, el Tribunal aprovecha para consolidar su criterio anterior y refutar los argumentos contrarios o para rectificar el criterio anterior.

En nuestro criterio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha permitido encauzar el tratamiento legislativo y constitucional en materia pensionaria, a tal punto que en las resoluciones se encuentran recomendaciones de política legislativa para una reforma de la seguridad social y para la reforma constitucional.[22]

Entre otros aspectos a destacar el Tribunal establece criterios rectores en la interpretación en materia previsional del Decreto Ley N° 20530, que surgen del caso Maldonado Duarte contra Superintendencia de Banca y Seguros:

a) La ratificación del carácter cerrado del régimen de pensiones del Estado del Decreto Ley N° 20530, lo que se desprende de modo expreso del caso.

20 Como lo analiza TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica. En Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Octubre de 2002. Páginas 61 y siguientes. Del mismo autor.: El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: El caso Telefónica. En: Revista Asesoría Laboral. N° 146. Febrero de 2003. Páginas 9 y siguientes.

21 Para mostrar esta referencia a la modificación de criterios puede consultarse el número N° 58, de julio de 2003, de la Revista Diálogo con la Jurisprudencia, en el especial temático sobre el Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530, en el que escriben Pedro Morales Corrales, César Abanto Revilla, César Gonzales Hunt y Fernando García Granara.

22 Como se aprecia de la sentencia dictada en la acción de amparo seguida por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros (expediente N° 189-2002-AA/TC) a través de la cual ordena y modifica criterios anteriores expresados en otros resoluciones que también creaban precedente vinculante.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

b) La definición del régimen de abono de los años de formación profesional, que son de abono y no de anteposición.
c) La ratificación de la nivelación pensionaria tomando como referencia la remuneración del funcionario o servidor público de la Administración Pública en actividad, en el nivel y categoría que ocupó el pensionista.
d) La recepción del elemento económico en la formulación de la política de seguridad social.
e) La aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en la aplicación de normas en el tiempo. Esta regla rige no sólo para efectos del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, sino en general en materia pensionaria como se ha precisado desde las sentencias de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817 y de la Ley N° 26835.
f) El reconocimiento de la afectación de las pensiones para fines tributarios, por tratarse de ingresos.

Al margen de las diferentes resoluciones que a su vez contenían pronunciamientos diferentes y hasta contradictorios, consideramos que en esta materia se ha definido un criterio firme de interpretación constitucional que contribuye a conocer y prever la posición del Tribunal. En este sentido, la actuación de la magistratura así como la de los diferentes actores involucrados, como el Estado, los pensionistas, las entidades públicas y, en general, la sociedad, tengan claridad en cuanto a la interpretación constitucional y a la aplicación de la regulación legal, sin perjuicio del cuestionamiento jurídico que los pronunciamientos han podido merecer y de la posición ideológica que cada uno de nosotros pueda asumir.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

El principio de primacía de la realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional

Jorge Toyama Miyagusuku
Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados. Profesor de Derecho Laboral en las Facultades de Derecho de la PUCP, UDEP y UPC.

La década de los noventa supuso un "boom" de los contratos no laborales tanto en el sector privado como el público, esto es la utilización de contratos civiles en "reemplazo" de figuras contractuales laborales. Se puede afirmar que hubo un fenómeno de deslaboralización convencional, una "huida contractual" del Derecho Laboral de auténticos empleadores.

La crisis económica y necesidad de reducir costos laborales, la flexibilidad y desregulación legal, la falta de adecuación de los agentes laborales a los nuevos cambios sociales y económicos, el fenómeno de individualización de las relaciones laborales, la promoción del propio Estado de figuras no laborales –formación laboral juvenil, tercerización y "creación de contratos de cuarta-quinta", así como una deficiente fiscalización estatal, crearon el marco necesario para que las empresas privadas y el Estado utilicen contratos civiles que ocultaban una auténtica relación laboral.

En este contexto, es necesario utilizar una de las herramientas más relevantes del Derecho del Trabajo, cual es el principio de primacía de la realidad, de enorme arraigo en la jurisprudencia y los órganos administrativos nacionales. La uti-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de resoluciones y sentencias que resuelven sobre la base de este principio

Como hemos dicho, un número importante de empleadores celebraron contratos civiles de locación de servicios con trabajadores contratados (donde el pago eran "honorarios profesionales" o "rentas de cuarta-quinta"), cuando debieran haber suscrito un contrato de trabajo pues los servicios eran subordinados, con la finalidad de evitar el pago de los tributos y beneficios laborales (costos o sobrecostos laborales) propios del contrato de trabajo sin dejar de tener en cuenta la consabida estabilidad laboral. Ante ello, si, en los hechos, se aprecian los elementos esenciales y rasgos de un contrato de trabajo, se estima que realmente existió tal contrato.

Ciertamente, lo expresado no supone que, cuando exista una prestación bajo un contrato de locación de servicios, necesariamente deba considerarse que estamos ante un contrato de trabajo. El análisis debe ser casuístico y solamente la aplicación del principio de primacía de la realidad procedería si hay elementos que permiten distinguir claramente que nos encontramos ante un contrato de trabajo.

Por medio de este artículo queremos presentar de manera general al principio de primacía de la realidad y realizar un análisis de las consideraciones de la jurisdicción constitucional sobre tal principio. Para cumplir con dicho propósito, hemos estudiado las sentencias recaídas en acciones de amparo de los últimos años del Tribunal Constitucional.

No pretendemos agotar el tema pero sí, cuando menos, desarrollarlo de manera general y comparativa. Para estos efectos, hemos considerado analizar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las acciones de amparo donde se discute la aplicación del principio de primacía de la realidad.

I. LOS CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS, DE TRABAJO, DE "CUARTA-QUINTA" Y DE SERVICIOS NO PERSONALES

Los contratos de locación de servicios, de trabajo, de cuarta-quinta y de servicios no personales tienen similitudes y diferencias, las cuales pasamos a describir seguidamente.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

1. El contrato de locación de servicios

1.1. Veamos primero al contrato de locación de servicios. Este tipo de contrato, que se regula por lo dispuesto en el Código Civil -artículos 1764 y siguientes-, el acreedor de los servicios es denominado "comitente" y quien presta los mismos, "locador".

En el contrato de locación de servicios la prestación de servicios se realiza en forma independiente, sin presencia de subordinación o dependencia del contratado. El locador se encuentra sujeto al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato pero sin llegar a una situación de dependencia jurídica frente a quien lo contrata.

Entre otras características de la prestación de servicios no subordinada, el locador no está sujeto a horario alguno y realiza sus labores a su real saber y entender, es decir, sin seguir normas o directrices emanadas de su comitente, mucho menos dicho locador puede ser pasible de sanciones disciplinarias por parte del comitente.

1.2. Por ejemplo, mediante Resolución No. 638-2-97 del Tribunal Fiscal este ente explica a esta figura de la siguiente manera: "Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado el comitente a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución".

La jurisprudencia laboral, a través de diversos pronunciamientos, como la Resolución de la Primera Sala Laboral de Lima que recayó sobre el expediente No. 355-92-CD, se ha pronunciado en el sentido de la definición del Código Civil, es decir, considerando como principal elemento distintivo del contrato de locación de servicios frente al contrato de trabajo a la ausencia del elemento subordinación.

Por lo expuesto, en una locación de servicios no debemos encontrar ninguna de las manifestaciones propias de una relación laboral que mencionaremos en el siguiente acápite.

2. El contrato de trabajo

2.1. El contrato de trabajo se configura cuando se presentan, conjuntivamente, tres elementos esenciales: prestación personal, remuneración y subordinación. Estos elementos se encuentran reconocidos no sólo por la jurisprudencia y la doctrina laborales sino por el ordenamiento positivo.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En efecto, las normas que regulan la carrera administrativa del Sector Público Laboral disponen una serie de obligaciones del servidor público que importa la existencia de una prestación personal, una remuneración y una subordinación. Así, el artículo 21 del Decreto Legislativo No. 276 dispone expresamente que el servidor debe prestar personalmente sus servicios, cumplir con un horario de trabajo, observar un trato adecuado con sus superiores, etc.; de otro lado, los artículos 43 y siguientes de la misma norma prevén un sistema de remuneraciones de los servidores. En suma, encontramos los tres elementos citados del contrato de trabajo.

De otro lado, en el Régimen Laboral de la Actividad Privada, aplicable a los empleadores del Sector Privado y muchas instituciones y las empresas del Estado, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral –LPCL-, aprobada por Decreto Supremo No. 003-97-TR, indica que en *"toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado".*

2.2. A fin de definir los tres elementos del contrato de trabajo seguiremos los conceptos que nos proporcionan la doctrina y que aparecen reconocidos por las normas y la jurisprudencia peruanas: la prestación personal, la remuneración y la subordinación.

En este sentido Sanguineti[23] indica que la prestación de servicios es "la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (operae) la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (opus) que se independice de la misma". Es decir, la prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personal -*"intuito personae"*- y no puede ser delegada a un tercero.

Los servicios que presta el trabajador son directos y concretos, no cupiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros -salvo el caso del trabajo familiar -. Este requisito, como hemos anotado, no es exigible al contrato de servicios no personales.

Por otro lado, la prestación de servicios debe ser remunerada. La remuneración es la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que este pone a su disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso y no cabe, salvo excepciones, la prestación de servicios en forma gratuita.

23 SANGUINETI, Wilfredo. El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho de Trabajo. Ed. Cuzco, Lima, 1987, pp. 424- 426.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Finalmente, tenemos la subordinación. Este es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que él constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios - en este último contrato se aprecia, al igual que en el contrato de trabajo, la existencia de una retribución y una prestación de servicios, sin perjuicio de un trabajo por cuenta ajena.

Sobre este elemento, nos parece oportuno citar a Luque Parra[24] y que indica que la subordinación confiere al empleador *"un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva".*

Ahora bien, la subordinación implica la presencia de las facultades directriz, fiscalizadora y disciplinaria que tiene el empleador frente a un trabajador, las mismas que se exteriorizan en: cumplimiento de un horario y jornada de trabajo uniformes, existencia de documentos que demuestren cierta sumisión o sujeción a las directrices que se dicten en la empresa, imposición de sanciones disciplinarias, sometimiento a los procesos disciplinarios aplicables al personal dependiente, etc.

3. El contrato de "cuarta-quinta"

El inciso e) del artículo 34 de la Ley del Impuesto a la Renta -en adelante LIR-, aprobada mediante Decreto Legislativo No. 774, señala que son rentas de quinta categoría *"los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil,* cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación de servicios demanda".

El supuesto contemplado en la LIR comprende a las relaciones jurídicas nacidas al amparo del Código Civil -en concreto, un contrato de locación de servicios- y cuya prestación de servicios se realiza en forma independiente. Sin embargo, se precisa que esta misma relación se presta en un lugar y horario -estos dos, son considerados como elementos del contrato típico de trabajo- "designado" por quien requiere los servicios. Por otra parte, se señala que el usuario del servicio, para que se configure la percepción de la renta de quinta categoría, debe "proporcionar" elementos necesarios de trabajo y asumir los gastos que demanden los servicios prestados.

24 LUQUE PARRA, Manuel. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral. Ed. Bosch. Barcelona, 1999, p. 30.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

3.1. ¿Qué implicancias laborales tiene el inciso e) del artículo 34 de la LIR? ¿Una persona que ingresa en el supuesto de la norma tributaria, puede ser amparada por el Derecho Laboral? Ciertamente, verificado el hecho imponible, se debe tributar por renta de quinta categoría; sin embargo, esto no es suficiente para determinar si estamos ante una relación tutelada por el Derecho Laboral.

En estos casos, nos encontramos frente a las denominadas "zonas grises", donde resulta difícil establecer la existencia de una relación laboral. No basta con acreditar dependencia con relación al lugar y horario de trabajo ni que exista una asunción de materiales y gastos por parte del usuario del servicio, es necesario apreciar otros elementos, tales como el poder sancionador o fiscalizador, el pago de la remuneración, el trabajo por cuenta ajena, la prestación personalísima de los servicios, la dirección técnica, la prestación personal de servicios, la sujeción a directrices de la empresa, etc.

Así, lo dispuesto en el inciso e) del artículo 34 de la LIR no "laboraliza" una relación civil. Las únicas consecuencias que se generan son tributarias. El contrato, pues, seguirá siendo civil –inclusive, el Reglamento de la LIR señala que estos contratos no necesariamente son laborales.

3.2. Los servicios que estamos analizando, al no tener efectos laborales, no generan las obligaciones típicas de un contrato de trabajo: pago de gratificaciones, asignación familiar, compensación por tiempo de servicios, vacaciones, etc. Asimismo, no se origina la obligación de realizar aportaciones a la seguridad social (SUNAT, ESSALUD, ONP y AFP) al no tener las personas contratadas la condición de asegurados obligatorios.

Por otro lado, tenemos el IES. El pago asciende actualmente a 1.7% de la remuneración del trabajador y que es de cargo del empleador. (Ley 28129, 4ta. disposición final).

Finalmente, existe una obligación de carácter formal. En los casos que estamos analizando, las personas contratadas no emiten recibos por honorarios profesionales porque los servicios prestados califican como rentas de quinta categoría afectas al Impuesto a la Renta.

4. Contrato de servicios no personales

Este contrato se encontraba regulado por el Decreto Supremo No. 065-85-PCM –Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y Prestación de Servicios no Personales-, el cual fue derogado por la Ley No. 26850 -Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- con fecha de publicación del 3 de agosto de 1997. Esta norma a su vez se encuentra reglamentada por el Decreto

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Supremo No. 039-98-PCM -Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- la cual fue publicada el 28 de septiembre de 1998.

Empero, su naturaleza civil, diferente del contrato de trabajo, sigue vigente y se aplica en el Sector Público.

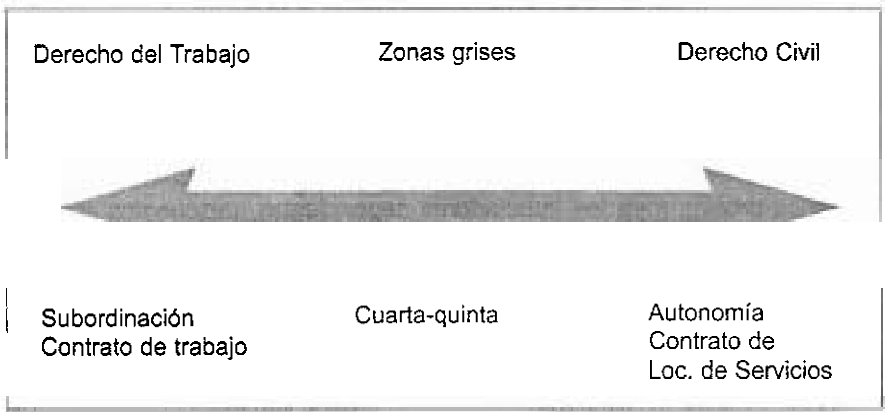
Asimismo, dado que su naturaleza es la de un contrato de locación de servicios se le aplicarán las normas del Código Civil que hemos apreciado precedentemente.

La aplicación del Código Civil, inclusive, se apreciaba en las normas del Estado. A título de ejemplo, puede apreciarse el numeral 27 del Anexo No. 4 de la Resolución Directoral No. 047-99-EF/76.01, Clasificadores para el Año Fiscal 2000 y Maestro del Clasificador de Ingresos y Financiamiento Año Fiscal 2000. Esta disposición indicaba expresamente que los contratos de servicios no personales se encuentran regulados por la legislación civil.

Pese a la existencia de las normas citadas y la aplicación del Código Civil, nada impide que se aplique el principio de primacía de la realidad para determinar, en cada caso, si el contrato de locación de servicios no personales es, en la realidad, un contrato de trabajo.

Dado que las normas sobre el contrato de servicios no personales no especifican en forma clara cuando nos encontramos ante un supuesto de subordinación o en ausencia de ésta, debemos recurrir a la doctrina y la jurisprudencia laborales, a fin de señalar algunas pautas que nos ayuden a delimitar los casos en que se aprecie un supuesto en que el elemento subordinación no se verifique y, por tanto, nos encontremos frente a un contrato de servicios no personales. Esto será apreciado más adelante.

Después de lo visto, podemos resumir los tres contratos en el siguiente cuadro:



ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Como se puede apreciar, la prestación de servicios puede ser subordinada (contrato laboral) o autónoma (contrato civil) y entre ambas existe una gama de servicios que se prestan y que pueden estar incluidos en las llamadas "zonas grises" (estos supuestos requieren de un especial análisis para determinar si nos encontramos ante una relación laboral o civil). Finalmente, muy cercano al contrato de trabajo se ubican los contratos de "cuarta-quinta" pues tienen varios rasgos típicos de un contrato de trabajo y requieren, como hemos indicado, la apreciación de otros rasgos o manifestaciones de laboralidad para determinar si dicho contrato es laboral.

II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

1. Marco de aplicación

1.1. El principio de la primacía de la realidad[25] importa que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Así, en virtud de este principio laboral, aun cuando exista un contrato –formalizado por escrito- de naturaleza civil, lo que determina la naturaleza de una relación contractual entre las partes es la forma como, en la práctica, se ejecuta dicho contrato -preeminencia de la realidad sobre lo estipulado en el contrato-.

Para apreciar la existencia de lo que sucede en la realidad, por ejemplo, en la manera cómo se ejecuta un contrato de locación de servicios no personales, se suele analizar las manifestaciones y rasgos sintomáticos del contrato de trabajo.

Algunas de las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo -remuneración, prestación personal y subordinación- son la entrega de boletas de pago, inscripción en planillas, cumplimiento de algunas obligaciones tributarias propias de una relación laboral - descuentos por AFP u ONP, ESSALUD, etc.-, pago de beneficios sociales -CTS, gratificaciones, vacaciones, etc.-, dependencia, concesión de licencias, la entrega de circulares, el cumplimiento de determinados procesos disciplinarios propios para los trabajadores dependientes, descuentos por tardanzas,

25 PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho de Trabajo. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1990, p. 243. También puede verse RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel. Presunción de la existencia de un contrato de trabajo. Ed. Civitas. Madrid, 1998, pp. 48 y ss. Además, puede analizarse un riguroso estudio de LUJÁN ALCARAZ, José. La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. MTSS. Madrid, 1994, y a nivel peruano, un texto imprescindible NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2003, pp. 36 y ss.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

recepción de beneficios del CAFAE, entrega de aguinaldos o canastas de navidad, inclusión dentro de la jerarquía u organigrama de la institución, etc.

Por otro lado, los rasgos sintomáticos de un contrato de trabajo son "pistas" o características propias de una relación de trabajo. Éstas, de acuerdo a lo indicado por la doctrina y jurisprudencia, son la exclusividad en la prestación de servicios, la estabilidad, la permanencia en los pagos mensuales, la continuidad, la ausencia de aportación de materiales, la asunción de gastos por el usuario del servicio, etc. A diferencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, los rasgos sintomáticos no bastan para demostrar la existencia de una relación laboral pero son indicios que, sumados a los elementos del contrato de trabajo, pueden inducir a "laboralizar" una relación (sobre todo en los casos - llamados "zonas grises"- donde resulta difícil determinar la existencia o no de una relación laboral).

Así, para que una relación contractual pueda ser comprendida dentro del ámbito del Derecho Civil -contrato de locación de servicios no personales, por ejemplo-, es necesario que en la ejecución del contrato no se aprecie, como lo indica la doctrina y jurisprudencia laborales, las manifestaciones de los elementos esenciales o de los rasgos sintomáticos de un contrato de trabajo que hemos descrito, o dichas manifestaciones y estos rasgos.

De lo dicho, es importante anotar que, en cada caso, debe evaluarse cuidadosamente la existencia de los elementos propios de un contrato de trabajo. En tanto valoración, dependerá de la forma cómo se ejecutaron los servicios así como las pruebas que presenten las partes para determinar si estamos ante un contrato de trabajo. Ciertamente, mientras el número de pruebas e instrumentales sea mayor y más convincentes, habrá más posibilidad de que se estime una pretensión de "laboralidad" y, a menor número de pruebas aportadas por las partes y relativas, no debería estimarse una pretensión basada en el contrato de trabajo.

1.2. Ahora este desajuste entre lo que ocurre en la práctica y lo que se produce en los hechos puede tener distintas procedencias. Pasamos a reseñar algunas de ellas[26]:

- Resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Ésta es el principal supuesto que se aprecia en la realidad.

26 PLA RODRIGUEZ, Américo. Op. Cit., pp. 256-257.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Éste sería el supuesto típico de una simulación relativa, es decir, cuando se disimula el contrato real sustituyéndolo fictamente por un contrato distinto. Las diferencias entre el contrato simulado y el efectivo pueden versar sobre todos los aspectos: las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones, etc.

- Provenir de un error. Éste generalmente es en la calificación del trabajador.
- Derivar de una falta de actualización de los datos.
- Originarse de la falta de cumplimiento de requisitos formales.

Ciertamente, el principio de primacía de la realidad se aplica únicamente en los casos donde se aprecie una disconformidad entre la práctica (hechos) y el contrato (formalidad) suscrito.

1.3. El principio de primacía de la realidad es probablemente uno de los más difundidos del Derecho Laboral pero tiene escaso reconocimiento expreso en las normas laborales. Ciertamente, la existencia de normas protectoras y de tutela laboral brindan el soporte necesario para que se aplique el principio.

Como ya advertimos, la LPCL anota que, en *"toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado"*. Nótese que más que encontrarnos ante una definición del contrato de trabajo, hay en la LPCL una alusión a la primacía de la realidad, al referirse, esencialmente, a una presunción de un contrato por tiempo indeterminado de comprobarse la existencia de un contrato de trabajo.

Por otro lado, el Reglamento de la Ley de Inspecciones (aprobado por Decreto Supremo No. 020-2001.TR) desarrolla este principio (hay otras normas que recogen al principio sin definirlo), indicando que *"en aplicación del principio de primacía de la realidad se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un vínculo de naturaleza laboral"* (artículo 9.1), cuando, entre otros supuestos, *"se compruebe las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en el casos específico de la subordinación, manifestaciones tales como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma, entre otras"*.

En materia procesal laboral, el trabajador debe acreditar la existencia del contrato de trabajo (artículo 27,1 de la Ley Procesal del Trabajo, recogiendo una larga tendencia legislativa y jurisprudencial), sin perjuicio de las facultades de investigación que tienen los jueces para apreciar la real naturaleza del contrato vigente entre las partes. Al respecto, debemos indicar que los magistrados laborales han resuelto, en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2000, que, ante la divergencia entre

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

un contrato de trabajo y uno de locación de servicios, debe privilegiarse por el primero si, en la realidad, se aprecian los elementos esenciales, como son la remuneración, la prestación personal y la subordinación.

El Tribunal Fiscal es el órgano administrativo máximo de resolución de conflictos de carácter tributario y también aplica el mismo procedimiento para los procesos tributarios. Sobre este tema, el Código Tributario señala que, en la apreciación de los tributos, debe tenerse en cuenta la realidad económica, esto es, los hechos (Norma VIII).

Finalmente, en los procedimientos concursales, La Ley General del Sistema Concursal (Ley No. 27809), expresamente reconoce que en los procedimientos de créditos laborales se debe aplicar el principio de primacía de la realidad (artículo 40).

De este modo, las normas recogen al principio de primacía de la realidad y hasta lo detallan brindando una lista ejemplificativa de los elementos y rasgos que deben considerarse para analizar la existencia de un contrato de trabajo en un caso concreto.

2. La desnaturalización laboral y la primacía de la realidad.

Las normas laborales prevén diferentes supuestos en los cuales una figura no laboral es considerada como laboral. Nos referimos a los casos de desnaturalización, esto es, cuando, por mandato legal se considera que estamos ante una relación laboral si se presenta un determinado supuesto o se verifica la existencia de un específico requisito legal. En suma, si bien se concluye en un contrato de trabajo, el principio de primacía de la realidad importa un procedimiento y una consideración probatoria, mientras que la desnaturalización es la aplicación automática de los supuestos previstos en las normas legales.

Veamos algunos supuestos. La sanción legal en los casos de formación laboral juvenil y prácticas preprofesionales (artículo 7 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, modificado por Decreto Supremo No. 011-2001-TR) en varios casos importa la laboralización inmediata con la configuración del supuesto previsto. Así, se prevé que los jóvenes en formación laboral y practicantes son considerados como trabajadores, si no existe la capacitación prevista en el convenio, si no hay prácticas que correspondan a los estudios superiores (es decir, no se aprecia la relación entre el aula universitaria y el centro de trabajo), si los convenios continúan luego del plazo legal o del previsto en el contrato, si anteriormente las personas laboraron directa o indirectamente para la empresa, si existe un exceso de los porcentajes para la formación laboral juvenil, si no hay contrato es-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

crito, si se presenta documentación falsa con conocimiento del empleador y cuando se demuestra una simulación o fraude.

Consideramos que, salvo el último supuesto –aquí sí cabría la aplicación del principio de primacía de la realidad[27]–, los casos descritos no importan una laboralización en virtud de la primacía de la realidad. En estos supuestos, la ley ha establecido una consecuencia jurídica ante un incumplimiento legal.

De otro lado, las normas de intermediación laboral también prevén algunos supuestos de desnaturalización que conlleva la laboralización (artículo 14 del Decreto Supremo No. 003-2002-TR) sin que ello importe aplicar el principio de primacía de la realidad. Entre otros, los supuestos son no observar los porcentajes limitativos de contratación, destaque de personal para labores principales y permanentes e inclusive, la reiterancia en el incumplimiento de obligaciones formales.

El Reglamento de la Ley de Inspecciones (artículo 9 del Decreto Supremo No. 020-2001-TR), prevé un desarrollo del principio de primacía de la realidad. Hay una descripción de diversos supuestos específicos y uno general sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad pero alguno de ellos no importa la aplicación del principio que venimos describiendo sino, más bien, la imposición de una sanción de laboralidad: por ejemplo, se prevé una laboralización en los casos de servicios desarrollados ocupando un puesto de trabajo o el destaque vía intermediación laboral de personas que no están en planillas. Ciertamente, en este caso se admite una prueba en contrario pero, en rigor, si se comprueba el supuesto legal, existe una laboralización inmediata y directa.

Un tema adicional. El principio de primacía de la realidad busca, centralmente, la preeminencia de los hechos en la laboralización de las relaciones laborales pero nada obsta para que se aplique a cualquier supuesto de desencuentro entre la forma y los hechos. En este sentido, es posible que se aplique dicho principio para determinar si un contrato de trabajo a plazo fijo es, en los hechos, un contrato a plazo indeterminado por no existir una causa justificada de temporalidad. Inclusive, el Tribunal Constitucional exige la existencia de una causa temporal en el empleo de esta modalidad temporal de contratos para efectos de analizar la validez del término de los contratos laborales (a título de ejemplo, véanse las sentencias recaídas en los Expedientes Nos. 1397-2001-AA/TC-Ayacucho y 998-2002-AA/TC-Lima).

27 Para nosotros, el fraude a la ley tiene íntima relación con la aplicación de la primacía de la realidad: un intento de elusión del Derecho Laboral utilizando figuras que son impropias para una relación auténticamente laboral. Una posición diferente puede verse en NEVES MUJICA, Javier. Ob. Cit. p. 37-38.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

III. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Seguidamente, expondremos algunos criterios que se han utilizado para poder determinar si, en los hechos, una relación debe ser catalogada como laboral. Como ya comentamos, nos referiremos a lo resuelto por la jurisprudencia constitucional, esencialmente en aquellos casos donde se ha declarado fundada una demanda de laboralidad, pues existen otros donde se ha considerado que las partes suscribieron y ejecutaron un contrato de locación de servicios.

Debemos indicar que, en este punto, confrontaremos al contrato de trabajo con los otros contratos civiles (locación de servicios, "cuarta-quinta" y de servicios no personales) en la medida que estos últimos pueden ser tratados en forma conjunta.

1. Criterios generales de valoración del Tribunal Constitucional

Seguidamente, y sin identificar resoluciones, queremos describir las principales consideraciones que se deberían tener en cuenta para apreciar, en cada caso, si nos encontramos o no ante una relación laboral.

Un primer criterio de valoración consiste en el tipo de ocupaciones típicamente laborales sobre los que verse el contrato de locación de servicios. Así, dichas labores deberán responder a una naturaleza tal que no implique un poder de dirección del comitente el que se refleje en la dación de órdenes y directrices que supongan una supeditación de las actividades del locador.

Por ejemplo, el caso de secretarias, obreros, técnicos de mantenimiento y personal de limpieza, constituyen claros ejemplos de casos en los que sería difícil referirse a un contrato de locación de servicios, pues si bien el elemento personal puede no ser el elemento característico de estos cargos sí lo es el elemento subordinación, que, como hemos señalado, es el elemento preponderante del contrato de trabajo. Este aspecto, como destacaremos más adelante, no es apreciado con la debida profundidad por el Tribunal Constitucional.

Teniendo en cuenta este primer criterio, también debemos excluir del contrato de locación de servicios a aquellos cargos que son característicos de los llamados de dirección o de confianza, tales como los puestos de gerentes, jefes de personal, en el primer caso, o asesores legales, en el segundo. Dicha exclusión se debe a que en estos cargos el elemento preponderante es el carácter personalísimo de los servicios por lo que no podríamos hablar de un contrato de locación de servicios, como se puede fácilmente inferir.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Una segunda consideración típica de un contrato de locación de servicios es que la prestación debe ser ejecutada de forma eventual y no exclusiva. Es decir, los contratos de locación de servicios deben ser temporales en tanto permiten cubrir necesidades eventuales o accidentales, o dicho de otro modo, son de suma utilidad en tanto permiten atender requerimientos coyunturales de las entidades estatales, sin que ello importe la configuración de un contrato de trabajo.

En este sentido, una continua renovación de estos contratos implicaría la configuración de una actividad reiterada y permanente en el tiempo lo que nos estaría indicando la existencia de servicios que constituyen las necesidades permanentes de la entidad y por lo tanto de la existencia de una relación de trabajo. Así, el elemento más común que probaría dicha reiterancia sería la periodicidad de los pagos. Como veremos, este elemento es uno central para el Tribunal Constitucional en el análisis de laboralidad.

Un tercer criterio lo constituye la exclusividad. En los contratos de locación de servicios, los servicios suelen ser para diversas empresas; en cambio, en los contratos laborales, hay exclusividad.

Finalmente, se encuentra la ejecución de los servicios en forma autónoma e independiente. Esta característica la veremos con mayor detalle en el punto siguiente, por lo fundamental que representa para apreciar si un contrato de locación de servicios califica o no como un contrato de trabajo.

Como señalamos al terminar el acápite anterior, el contrato de locación de servicios se caracteriza por ser de ejecución independiente y autónoma, es decir, sin la presencia de algún elemento que implique subordinación.

Así, teniendo en cuenta lo indicado, observamos que la desnaturalización del contrato de locación de servicios, se apreciaría cuando nos encontramos ante la presencia de rasgos que impliquen subordinación. Estas pistas que mencionamos son las que constituyen los rasgos sintomáticos y manifestaciones de la relación laboral.

2. Jurisdicción constitucional: las resoluciones del Tribunal Constitucional

Las personas contratadas bajo un contrato de locación de servicios, ¿podrían interponer una acción de amparo, alegando su laboralidad? Creemos que ello no es de fácil configuración en la medida que un proceso de amparo es célere y no cuenta con una etapa probatoria, según las reglas de la Ley No. 23506.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Empero, nada obsta para que, sobre la base de las pruebas que se aprecien en el expediente, el Tribunal Constitucional declarare fundada una acción de amparo alegando el principio de primacía de la realidad. Lo frecuente es que esta acción de amparo se interponga buscando la reposición al centro laboral y que sea un trabajador del régimen laboral público quien presente la demanda (y de éstos, especialmente de municipalidades).

Seguidamente, analizaremos las sentencias del Tribunal Constitucional en las cuales se hubiera utilizado el indicado principio. Para ello, dividiremos nuestro análisis en cuatro partes: I) descripción del derecho constitucional vulnerado para la admisión del amparo; II) concepto y alcances de la primacía de la realidad; III) elementos y rasgos de laboralidad que utiliza el Tribunal Constitucional, y; IV) evaluación del sistema probatorio en las acciones de amparo.

I). Derecho constitucional vulnerado

En tanto acción de amparo, el demandante debe basarse en una norma constitucional para interponer la acción. En la gran mayoría de ocasiones el Tribunal Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22 y 23 de la Constitución y, sobre ellos, ha declarado fundadas las acciones de amparo (Expediente No. 991-2000-AA/TC)[28]:

> *"El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho., base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos".*

Además, el Tribunal Constitucional ha aludido a la dignidad del trabajador para ordenar la reposición de un trabajador municipal (Expediente No. 1262-2001-AA/TC-Cañete).

Nosotros consideramos que el reconocimiento del principio de primacía de la realidad a partir de las normas constitucionales que reconocen al principio protector del Derecho Laboral resulta adecuado. Justamente, de las normas constitucionales laborales se puede inferir el principio protector y de éste, el princi-

28 La misma referencia aparece en los Expedientes Nos. 525-99-AA/TC-Cajamarca, 598-2000-AA/TC-Puno. 731-99-AA/TC-Loreto.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pio de primacía de la realidad que importa una herramienta de protección a favor del trabajador; más todavía, es el instrumento de acceso a los derechos y beneficios laborales.

En algunos casos, el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales en forma cuestionable pues en el acto de despido no se presenta un acto unilateral del trabajador, no existe un acto de disposición laboral de un derecho (Expediente No. 566-99-AA/TC-Arequipa):

> *"el hecho de que el demandante no haya obtenido puntaje favorable para acceder a una plaza en calidad de nombrado en el concurso promovido, no podía afectar su derecho a permanecer en la entidad en la condición de contratado para servicios de naturaleza permanente; razonamiento este último que se sustenta en los principios constitucionales de jerarquía normativa y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, aplicable en la relación laboral; principios contenidos en los artículos 51° y 26° de la Constitución Política del Estado, respectivamente".*

Finalmente, en una ocasión, el Tribunal Constitucional ha admitido una demanda de amparo sobre la base de la aplicación del principio de condición más beneficiosa previsto en el numeral 3 del artículo 26 de la Constitución que alude al principio de indubio pro operario:

> *"(...) a la fecha del cese, el accionante había adquirido la protección prescrita en el artículo 1° de la Ley N.° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador, cuyo tenor es la aplicación de la condición más beneficiosa al trabajador, y consagrado por la Constitución en su artículo 26°, inciso 3)" (Expediente No. 2132-2003-AA/TC-Piura).*

De un lado, no existe relación entre la condición más beneficiosa –que actúa ante una sucesión peyorativa- y el principio de indubio pro operario –que se aplica ante una duda en la interpretación de una norma-. De otro, ninguno de estos principios resulta aplicable en un despido de un trabajador que supone previamente la aplicación del principio de primacía de la realidad.

II). Alcances del principio de primacía de la realidad

En primer término, habría que mencionar que el Tribunal Constitucional ha aludido a la propia definición del contrato de trabajo sobre la base de sus elementos esenciales con claros rasgos de laboralidad propios del principio de primacía de la realidad:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *"Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo" (Expediente No. 1944-2002-AA/TC-Lambayeque).*

En pocas ocasiones el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los alcances del principio de primacía de la realidad. Empero, en un caso definió en forma adecuada al principio:

> *"(...) así como en el principio de primacía de la realidad, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurriese en la práctica y lo que apareciera de los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en de los hechos" (Expediente No. 2132-2003-AA/TC-Piura).*

En suma, el Tribunal Constitucional reconoce la aplicación del principio de primacía de la realidad, desplazando la formalidad contractual. Así, en el Expediente No. 2387-2002-AA/TC-La Libertad se indica lo siguiente[29]:

> *"En virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que, al margen de la apariencia temporal que se refleja en los contratos de trabajo –de servicios no personales- del demandante, éste ha trabajado en condiciones de subordinación, dependencia y permanencia".*

De los expedientes revisados, podemos concluir que el Tribunal Constitucional maneja el contenido y alcances del principio de primacía de la realidad descritos por la doctrina aunque, en ocasiones –como veremos, no describe todos los rasgos y manifestaciones típicas de un contrato de trabajo que podrían complementar los considerandos de las sentencias.

III). Manifestaciones y rasgos de laboralidad

En las sentencias de acciones de amparo no se alude en forma detallada a los rasgos y manifestaciones de laboralidad pues suele existir una remisión expresa a las fojas del expediente o, en ocasiones, la descripción de los antecedentes contiene información que pudo haber explotado en mayor medida el Tribunal Constitucional.

29 En el Expediente No. 525-99-AA/TC-Cajamarca, aparece el mismo alcance de este principio.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

De las sentencias que hemos analizado, podemos destacar como rasgos de laboralidad los siguientes:

3.1. Manifestaciones propias del empleador.

En este acápite veremos los principales actos propios del empleador que denotan la existencia de un contrato de trabajo, esto es, la actuación del demandado fue un comportamiento típicamente laboral.

Un caso evidente es la inclusión en planillas de la persona despedida y que fue contratada bajo locación de servicios (Expediente No. 125-2002-AA/TC-Moquegua). Es más, el propio contrato de locación de servicios tenía menciones de laboralidad: imputación del cargo como uno de confianza, término del contrato por falta disciplinaria. En la misma línea, en el Expediente No. 1990-2003-AA/TC-Piura se indicó:

> *"(...) se corrobora con el mérito de los Contratos de Servicios Personales, obrantes en autos de fojas 8 a 10, en los cuales se señala que "el horario de ingreso y salida será el mismo de los Trabajadores Municipales, debiendo registrar su asistencia en la respectiva tarjeta de control", "percibirá una remuneración total mensual [...]" y "el contratado se obliga a cumplir en forma directa las labores propias de su cargo y será supervisado y evaluado por el Concejo a través de la Dirección Municipal".*

Ciertamente, en el caso citado, se aprecian elementos típicos de laboralidad: prestación personalísima, tiempo de trabajo, supervisión propia laboral, fiscalización y dirección de labores, etc. En este caso, el propio contrato contenía cláusulas de laboralidad notorias.

La existencia de controles de asistencia es otro de los elementos sintomáticos de laboralidad y que ha sido también tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional. Así, en el Expediente No. 1358-2002-AA/TC se indicó que "es de aplicación al presente caso el principio laboral de primacía de la realidad, toda vez que la relación laboral del demandante con la demandada es de naturaleza permanente, bajo dependencia, marcado de ingreso y salida y subordinación permanente"[30]. Ciertamente, en caso de apreciarse un incumplimiento y una sanción (amonestación), también estamos ante otro rasgo de laboralidad (Expediente No. 1562-2002-AA/TC-Loreto).

30 En otro caso, el Tribunal Constitucional indicó que las planillas de control de asistencia correspondientes a todo un año, entre otros documentos, demostraban la existencia de un contrato de trabajo (Expediente No. 598-2000-AA/TC-Puno). Además, entre otros, puede verse el Expediente No. 0532-2003-AA/TC-Piura.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Inclusive, en algunos casos, no solamente se expiden boletas de pago[31] sino que también existen pagos de beneficios laborales (como gratificaciones) y hasta se producen descuentos sobre el pago de aportaciones patronales y se programan vacaciones (Expediente No. 731-99-AA/TC-Loreto):

> *"(...) abundando en las pruebas que sustentan el fallo de la presente acción de garantía es de mencionar que de las boletas de remuneraciones aludidas en el fundamento que precede también se puede advertir que los codemandantes percibían las gratificaciones de julio y diciembre de cada año; asimismo, que las remuneraciones que percibían los demandantes se encontraban sujetas a los descuentos de ley, así como que la demandada efectuaba el pago de los aportes patronales (...) se les pone en conocimiento la programación de sus vacaciones, correspondientes, y se les fija las fechas en que éstas se efectivizarían".*

También existen casos donde el certificado de trabajo ha sido utilizado como un elemento de laboralidad (Expediente No. 1140-2000-AA/TC-La Libertad) que determina la existencia de un contrato de trabajo[32]:

> *"(...) se corrobora con el mérito del certificado de trabajo otorgado a la demandante, en el cual literalmente se señala que ésta "durante el tiempo que prestó servicio para esta institución, ha demostrado puntualidad, capacidad y un alto sentido de responsabilidad en el desarrollo de sus funciones...".*

Finalmente, el instrumento de término de la relación laboral puede contener los claros elementos de laboralidad que resultaran insuficientes de apreciar durante la ejecución del contrato (Expediente No. 689-2003-AA/TC-Junín):

> *"(....) tal como se aprecia del Memorándum Múltiple N.° 066-2001-CTAR-J/GRA, en el que se da por concluidos los servicios de la recurrente en el cargo de Asistencia Social y se le solicita que haga entrega del mismo a la Directora de la mencionada aldea infantil; igualmente, mediante el Reporte N.° 058-2001-DAI"ER", de fecha 30 de enero de 2002, la Directora de la mencionada aldea infantil informa a la Subgerencia de Personal sobre la asistencia de la demandante, precisando que ha laborado como Asistenta Social en dicha dependencia hasta el 16 de julio de 2001".*

31 En el Expediente No. 621-99-AA/TC-Cajamarca se presenta una boleta de pago en la cual se consignaba el cargo así como la fecha de ingreso del propio trabajador. Igual tratamiento aparece en los Expedientes Nos. 0024-2000-AA/TC-Loreto y 301-2000-AA/TC-Lima.

32 En la misma línea, puede verse el Expediente No. 1079-2002-AA/TC-Junín.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Nosotros consideramos que el análisis realizado por el Tribunal Constitucional resulta adecuado en el presente caso: ha valorado los términos empleados así como los alcances del memorándum –típico instrumento laboral-, el puesto ocupado –asistente laboral-, la finalidad del memorándum –la entrega del cargo-, etc.

En resumen, nos parece que el Tribunal sí detalla y analiza apropiadamente los actos del contratante que fluyen del expediente y que demuestran un tratamiento típicamente laboral del demandante.

3.2. Rasgos sintomáticos de laboralidad

En el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública, el Tribunal Constitucional sostiene que la prestación de servicios de carácter permanente e ininterrumpido por más de un año garantiza el acceso a la estabilidad laboral (en virtud de lo expuesto en la Ley No. 24041). Al respecto, pueden verse las sentencias de amparo recaídas en los Expedientes Nºs 125-2002-AA/TC-Moquegua, 2387-2002-AA/TC-La Libertad, 1358-2002-AA/TC-Lima, 598-2000-AA/TC-Puno y 2371-2002-AA/TC-La Libertad.

Pareciera ser que el Tribunal Constitucional considerara (Expediente No. 616-99-AA/TC-Lima) a la permanencia y continuidad como un rasgo esencial de laboralidad:

> *"(...) el cargo de técnico relojero que el demandante aduce haber desempeñado no es un cargo permanente ni propio dentro del Cuadro de Asignación de Personal de la Municipalidad demandada; consecuentemente, la labor desempeñada por el demandante no cumple el requisito de ser de carácter permanente señalado por el artículo 1° de la Ley N.° 24041, máxime si como ya se ha señalado en el fundamento anterior, todos los contratos suscritos entre los justificables han sido en la modalidad de servicios no personales".*

Es probable que la conducción de laboralidad como un concepto afín a la permanencia de un trabajador en la administración pública motiva que el Tribunal suela concentrarse en el tiempo de servicios del demandante para concluir la existencia de un contrato de trabajo. Si bien es relevante la permanencia y continuidad, creemos que las sentencias del Tribunal Constitucional serían más sólidas si se complementa a estos elementos propios de laboralidad con otros rasgos y manifestaciones del contrato de trabajo que se describirán a continuación.

Veamos algunos aspectos no evaluados por el Tribunal Constitucional. Aun cuando no se trabaja mucho este elemento, debemos mencionar que en algunos casos, el Tribunal Constitucional declaró fundadas las acciones de amparo en supuestos donde el demandante había laborado, en forma continuada bajo una re-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

lación civil y otra laboral para el mismo puesto (Expedientes Nos. 0024-2000-AA/TC-Loreto y 1128-2001-AA/TC-Cusco). La prestación continua de servicios en un mismo cargo y sin disolución de continuidad es un rasgo sintomático del contrato de trabajo.

En ocasiones, la laboralidad se ha determinado con la prestación de servicios continuada sin la existencia de un contrato formal que lo sustente, esto es, la prestación de servicios luego del término del plazo del contrato de civil (Expediente No. 598-200-AA/TC):

> *"en el citado cuaderno de registro se constata las horas de ingreso y egreso, que denotan la existencia permitida, por la propia demandada, de una efectiva relación laboral al margen de la conclusión de la vigencia del contrato el treinta de octubre de mil novecientos noventa y nueve; por consiguiente, habiéndose efectuado el despido de hecho".*

En el mismo expediente anterior, puede apreciarse un rasgo de laboralidad basado en el puesto específico laboral que ocupa el demandante así como la continuidad en las labores:

> *"Si bien la relación entre el demandante y la demandada se apoyó en contratos por servicios no personales, de acuerdo con el artículo 1764° del Código Civil; se advierte que el demandante desempeñó una labor de naturaleza permanente, como es la limpieza pública, y que se prolongó por más de once años. Por ello no resiste el menor análisis sostener que una labor que ha tenido tan extenso periodo de duración pueda considerarse razonablemente como "temporal", pues la temporalidad significa lo circunstancial o perentorio en el tiempo, por el contrario, ese periodo tan extenso refleja la naturaleza permanente de la labor".*

Justamente, un rasgo de laboralidad es el desempeño del demandante en un cargo laboral y que el Tribunal Constitucional debiera evaluarlo con mayor profundidad. Así, existen acciones de amparo de cajeros (Expediente No. 566-99-AA/TC-Arequipa), asistentes en área de División de Mercados (Expediente No. 1237-2000-AA/TC-Lima), chofer (Expediente No. 1990-2003-AA/TC-Piura), asistente social (Expediente No. 689-2003-AA/TC-Junín), personal de servicio y guardianía (Expediente No. 1030-2003-AA/TC-Moquegua), secretaria (Expediente No. 1991-2003-AA/TC-Piura), Secretario General de Trámite Documentario, Archivo, Abastecimiento y Jefe de Registro Civil (Expediente No. 0132-2002-AA/TC-Huaura), policía municipal (Expediente No. 452-99-AA/TC-Lima), vigilante (Expediente No. 864-2003-AA/TC-Ica), etc. pero que aparecen men-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cionados en los antecedentes de las sentencias y no son abordadas en los considerandos de las mismas.

Finalmente, hay rasgos sintomáticos que se mencionan pero que no están trabajados en forma profunda en las sentencias del Tribunal Constitucional y que pueden reforzar la existencia de una relación laboral. Por ejemplo, tenemos la observancia de una jornada y horario de trabajo (Expedientes Nos. 1237-2000-AA/TC-Lima, 0532-2003-AA/TC-Piura, 1358-2002-AA/TC-Lima), inclusión dentro del organigrama y estructura de personal como lo es ser Ingeniero I (Expediente No. 991-2000-AA/TC-) o Asistencia Social III Nivel SPB (Expediente No. 1140-2000-AA/TC-La Libertad).

IV). Acreditación de laboralidad y proceso de amparo

La acción de amparo no cuenta con una etapa probatoria y, por ello, la primacía de la realidad puede ser invocada en aquellos procesos donde se demuestre con las pruebas insertas en la demanda que existe una relación laboral en los hechos. Si no se pudiera demostrar la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo o los rasgos sintomáticos y manifestaciones de laboralidad, se debería declarar improcedente la demanda.

Así, en varias ocasiones el Tribunal Constitucional ha indicado que las pruebas actuadas no son suficientes y que se requiere de un proceso judicial ordinario para que se aprecie la pretensión del demandante. A título ejemplificativo, en el Expediente No. 1022-97-AA/TC se declaró improcedente una acción de amparo por estas consideraciones:

> *"Ninguno de los documentos referidos demuestra la existencia de vínculo laboral o de subordinación entre los contratantes (...) para determinar la real naturaleza de los contratos referidos se requiere de otras pruebas que acrediten la existencia de una relación de subordinación y de la realización de labores permanentes, por más de un año, en forma ininterrumpida (...) en consecuencia, la reposición que solicita la demandante debe tramitarse en la vía correspondiente en la medida en que en la vía del amparo no existe estación probatoria".*

En el mismo sentido que el anterior, y aludiendo al carácter sumario del proceso laboral, el Tribunal Constitucional ha indicado (Expediente No. 604-99-AA/TC-Arequipa)[33]:

33 En el mismo sentido, pueden verse los Expedientes Nos. 373-2000-AA/TC-Ica, 452-99-AA/TC-Lima.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *"(...) en el presente caso, por falta de elementos de juicio suficientes, llegar a dilucidar la cuestión antes señalada conllevaría a la actuación de pruebas, lo que no es posible en los procesos de garantía como el presente, que por su naturaleza especial y sumarísima, carecen de estación probatoria; razón por la cual la Acción de Amparo no es la vía pertinente".*

En mejores términos, el Tribunal Constitucional indica que los elementos aportados por las partes no crean una convicción suficiente para determinar la existencia de un contrato de trabajo:

> *"La documentación aparejada a la demanda y durante la secuela del proceso, no otorga convicción suficiente a este Colegiado para, como afirman los actores, considerar que, en virtud del principio de primacía de la realidad, sus labores efectuadas tenían las características de subordinación, dependencia y permanencia, propias de la prestación de servicios personales" (Expediente No. 2037-2002-AA/TC-Puno).*

Ahora bien, en determinados casos, el Tribunal Constitucional se ha apoyado en inspecciones realizadas por terceros. Así, en ocasiones, el Tribunal Constitucional se ha basado en inspecciones laborales del Ministerio de Trabajo para determinar la existencia de un contrato de trabajo y declarar fundada la demanda (Expediente No. 1128-2002-AA/TC-Ica):

> *"(...) en autos obran dos actas de visita de inspección especial efectuadas por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción Social de Ica, de fechas 11 y 26 de setiembre de 2001, de las cuales se desprenden los siguientes hechos: a) que la recurrente ha venido desempeñando labores de naturaleza permanente; b) que se le ha pagado una remuneración mensual; c) que se ha cumplido un horario de trabajo de 8 horas diarias; y d) que la recurrente continuó laborando después del vencimiento del último contrato. Asimismo, cabe precisar que dichas actas, a tenor del segundo párrafo del artículo 17.1 del Decreto Legislativo N.° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, tienen el carácter de instrumento público y, en consecuencia, han adquirido valor probatorio".*

Inclusive, en ciertos procesos, la relación laboral también quedó acreditada con la constatación de una autoridad (Policía Nacional):

> *"(...) a solicitud del demandante, junto con otra persona, se constituyó personal policial en la Oficina de Personal de la Municipalidad demandada,*

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *donde el Jefe de Personal, don Manuel Lingán Cuentas, manifiesta: don "Nazario Gonzales Bueno, ha prestado servicios desde el 01-11-92 al 31-12-98 [...] como obrero de limpieza pública" (Expediente No. 525-99-AA/TC-Cajamarca).*

Entonces, si bien el Tribunal Constitucional reconoce y aplica el principio de primacía de la realidad, también es cierto que en muchas ocasiones no es posible contar con los medios suficientes para apreciar la existencia de un contrato de trabajo y, por ello, se declaran improcedentes las acciones de amparo.

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta el principio de primacía de la realidad al momento de resolver las acciones de amparo. El análisis es casuístico y hay que apreciar las características de la prestación de servicios para determinar la existencia o no de laboralidad.

Creemos que el tratamiento del Tribunal Constitucional, en los casos analizados y en términos generales, se ajusta a los alcances del principio que hemos descrito. Empero, consideramos que es necesario efectuar un mayor análisis de las manifestaciones y rasgos propios de laboralidad así como –en ciertos casos- tener cautela en la alegación de los derechos constitucionales invocados.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional

Juan Carlos Cortés Carcelén
Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Un primer aspecto que quisiéramos abordar relacionado tangencialmente con el tema a desarrollar está referido a que, independientemente a sí estamos de acuerdo o no con el contenido de las sentencias que ha emitido el Tribunal Constitucional en los últimos tiempos, consideramos que en algunos temas vinculados a la materia laboral o relacionada con ella, se demuestra un esfuerzo para abordar los temas de una manera más profunda sobre la base de doctrina nacional y extranjera.

Esto trae como consecuencia la necesidad de conocer la posición del TC, de estudiar las sentencias y de citarlas en función de la posición personal asumida. En consecuencia, las sentencias del TC promueven una discusión mayor y la publicación convocada por la Academia de la Magistratura y de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es un ejemplo de ello.

A esto aúna la buena práctica del TC de "colgar" las sentencias casi inmediatamente después de notificadas, en la página web de la institución, de tal mane-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ra que cualquier ciudadano puede acceder a ellas. Esto constituye, desde mi punto de vista, un avance significativo en mejorar la profundidad de las sentencias y en una mayor comunicación con el ciudadano.

En el punto específico relativo al tema que vamos a desarrollar se ha señalado, en referencia a la experiencia del Tribunal Constitucional de otro país, que su jurisprudencia "más que la norma estatal o la negociación colectiva, (ha sido) el factor decisivo de la penetración constitucional del contrato"[34], lo que podría, quizás (ojalá) dentro de algunos años, decirse con respecto a nuestro órgano jurisdiccional.

II. PUNTO DE PARTIDA: LOS DERECHOS ESPECÍFICOS LABORALES Y LOS DERECHOS INESPECÍFICOS LABORALES

Para efectos del tema que vamos a desarrollar debemos diferenciar entre los denominados derechos específicos laborales y los derechos inespecíficos laborales. En principio, parecería únicamente una diferencia pedagógica, ya que ambos pertenecen al patrimonio del ciudadano trabajador. Sin embargo, su desarrollo ha sido diferente y su reconocimiento ha tenido y tiene resistencias diferenciadas.

Se podría señalar que los derechos específicos laborales están consolidados, mientras que los derechos inespecíficos laborales son fuente de discusión en la actualidad, principalmente en lo que se refiere al límite que representan para los poderes del empleador, y como éstos a su vez son restricciones para los derechos inespecíficos laborales.

Como señalan Palomeque Lopez y Alvarez de la Rosa, los derechos específicos laborales tienen:

> *"su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio"*[35].

Se trata de los derechos que se dan en el contexto de la relación laboral y que fuera de ella no tienen un campo de desarrollo o que no podrían ser ejercidos, por ejemplo la jornada ordinaria de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas

34 PRADOS DE REYES, Francisco Javier. Contrato y relación de trabajo. En: Rodríguez-Sañudo, Fermín y Fernando ELORZA GUERRERO (coordinadores). Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional. Tecnos. Madrid, 2001. Pg. 180.

35 PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA. Derecho del Trabajo. 9na ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. Madrid, 2001, pg. 147.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

semanales (artículo 25° de la Constitución) se entiende dentro del contexto de una relación laboral en la que un trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo por un tiempo durante el día, lo que no sucede en otros tipos de relaciones jurídicas.

Es cierto, que algunos derechos fundamentales laborales son de aplicación a otros sectores distintos de los trabajadores subordinados, como es el caso de la libertad sindical que es ejercida por trabajadores autónomos, no sujetos a una relación de subordinación, aunque este caso excepcional se debe a la denominada fuerza expansiva del derecho del trabajo.

Los titulares de estos derechos específicamente laborales son "los trabajores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral"[36].

Las principales discusiones a nivel del TC en lo que respecta a los trabajadores se han dado sobre estos derechos. Recientemente han destacado las resoluciones vinculadas al derecho al trabajo (extinciones de la relación de trabajo que afectan el artículo 22° de la Constitución), a la libertad sindical (artículo 28.1 de la Constitución), y la negociación colectiva (la negociación colectiva a nivel de rama de actividad, artículo 28.2 de la Constitución).

Sin embargo, se ha abierto un campo interesante de discusión alrededor de los derechos laborales inespecíficos, que si bien en nuestro país es incipiente, a diferencia de otros países en los que existe un mayor desarrollo, resulta muy atractivo su debate y como éste se ha plasmado en el campo de la acciones constitucionales.

Podemos señalar que los derechos laborales inespecíficos son:

> *"otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce una <<impregnación laboral>> de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo"*[37].

36 Ibid.
37 Ibid. pg. 147-148.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Se trata, pues, de derechos fundamentales compartidos por todas las personas, por todos los ciudadanos, pero que son ejercidos por aquellas personas que se encuentran en una relación de subordinación. Ahora bien, para efectos de esta discusión no interesa el ejercicio de estos derechos por parte del trabajador fuera de la relación laboral, esto es, que no se plantea el debate en las actividades que tenga el trabajador (o el empleador) fuera de la empresa o no vinculado al quehacer de ella.

Lo que interesa es lo que se ha denominado la impregnación laboral, es decir, el ejercicio de estos derechos fundamentales al interior de la empresa, como consecuencia de la relación de trabajo.

Al respecto se ha señalado que

> *"Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer"*[38].

Asimismo, se ha manifestado que

> *"Son éstos los derechos de la persona del trabajador, o si se prefiere, los derechos que corresponden al trabajador en su condición de persona"*[39]

Estos derechos del trabajador en cuanto ciudadano deberían poder ser ejercidos ante cualquier persona, por lo que no se le podría privar de los mismos en el marco de la relación de trabajo, pero como veremos más adelante, su ejercicio en este contexto tiene ciertas particularidades.

Los rasgos que deben tener estos derechos son los siguientes:[40]

a) Universalidad. Esto quiere decir que correspondan a todos los trabajadores por igual, a todas las personas físicas a las que se les confiere esa situación jurídica, no importando la forma como sea reconocida legalmente la misma en la normativa.

38 VALDES DAL RE, Fernando. Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. En: Libro de Informes Generales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, 2003, pg. 47.
39 Ibid pg. 39.
40 Siguiendo a VALDES DAL RE, Fernando. Op. Cit. pg. 43.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

b) Indisponibilidad. Como se trata de derechos fundamentales, nos encontramos con derechos que no pueden ser disponibles por la voluntad del trabajador.
c) Reconocimiento general. Los derechos deber ser reconocidos mediante reglas generales y abstractas, contenidas en la norma al más alto nivel de la jerarquía, esto es, la Constitución.

La discusión sobre los derechos inespecíficos laborales tiene una aparición tardía con respecto a los derechos fundamentales del trabajo. Si bien el proceso de constitucionalización de los derechos (o libertades) frente al Estado fue anterior al de los derechos laborales, la discusión sobre aquéllos en la relación de trabajo ha sido posterior y aún en proceso, siendo uno de los factores el acogimiento no muy lejano de la oponibilidad de los derechos fundamentales frente a los particulares, y entre ellos al empleador en una relación de trabajo.

Es cierto que hace ya algún tiempo en el seno de la OIT se ha venido discutiendo la interdependencia entre uno de los derechos específicos laborales más importantes, como es la libertad sindical, y los demás derechos fundamentales. *"Está universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la preexistencia efectiva de los demás derechos humanos y que tampoco es posible el completo ejercicio de éstos, sin la vigencia de aquélla. En otras palabras, la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos, y viceversa"*[41].

Resoluciones de la Conferencia General de la OIT así lo han expresado y especialmente el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración en sus diversas resoluciones frente a quejas interpuestas por violación de derechos fundamentales. El Comité ha señalado que:

> *"33. En múltiples ocasiones, el Comité ha subrayado la importancia del principio afirmado en 1970 por la Conferencia Internacional del Trabajo en su resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, en la que se reconoce que <<los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles>>"*[42].

41 ERMIDA URIARTE, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO RIOS. Sindicatos en Libertad Sindical. Adec-Atc. Lima, 1991 Pg. 26.
42 Biblioteca Electrónica de documentos sobre Normas Internacionales del Trabajo. ILSE 2001. OIT.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Además de tardío no ha sido pacífico en tanto por factores de diversa índole, que van desde razones históricas hasta ideológicas, ha existido una resistencia empresarial a la aplicación de estos derechos en el marco del contrato de trabajo, y han sido considerados como extraños y ajenos a la relación laboral. Basta señalar como ejemplo la evolución de la libertad de expresión al interior de la empresa, tanto internamente como externamente, la que ha transcurrido desde una sanción por su ejercicio hasta un análisis más detallado de lo que se dice y como eso afecta a la empresa.

Así, en la actualidad, si bien ya no se discute los efectos de los derechos fundamentales frente a los particulares, sí se debate como éstos "ingresan" en la relación de trabajo y cuáles son los límites que debe imponerse a esos derechos fundamentales en función del respeto de otros derechos fundamentales del empleador.

En cuanto a lo primero (los efectos frente a los particulares) basta citar al propio TC, el cual señala:

> *"La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedada en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución <<Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)>>. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de las relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como en el caso del acto cuestionado en el presento proceso, resulta inexorablemente inconstitucional."*[43]

Y en cuanto a lo segundo se ha manifestado lo siguiente:

> *"La otra gran cuestión que plantea la incidencia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es la de las limitaciones de ejercicio que los mismos pueden experimentar en el marco de esta relación contractual. Una vez afirmado que en la actividad de trabajo en la empresa el trabajador tiene derecho a*

43 Fundamento 6 de la Sentencia del 11 de julio de 2002, Expt. 1124-2001-AA/TC Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. Esta argumentación se encuentra más desarrollada en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, Expt. 976-2001-AA/TC Huánuco, Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *que sean respetados sus derechos personales (a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, a comunicar y recibir información, etc.), y una vez establecido el correspondiente deber empresarial para respetarlos, quedan pendientes de dilucidar, primero el problema de si el trabajador puede ejercitar los derechos fundamentales en la relación de trabajo de la misma o de distinta manera que en cualquier otro ámbito de la vida social; y después, supuesto que se reconocieran limitaciones específicas, el problema de precisar hasta donde alcanzan dichas limitaciones en los distintos derechos fundamentales reconocidos."*[44]

Asimismo, también se ha señalado:

> *"El que se reconozca al trabajador frente al empresario el derecho a no ser discriminado en el empleo, a la consideración debida a su dignidad y al respeto de su intimidad y a sus demás derechos fundamentales significa interiorizar esos derechos en la relación contractual, imponer al empresario límites y obligaciones <<contractuales>> y un deber de salvaguarda de esos derechos que va más allá del respeto a los intereses económicos del trabajador, y que alcanza el de sus intereses y valores como persona y como ciudadano. Los derechos fundamentales como límite al ejercicio de los poderes empresariales llegan a operar, al igual que la buena fe, como cláusula general, incluso si el empresario no está sujeto por las normas a causas o procedimientos en su actuación, <<opera, si cabe, con más intensidad en tales casos." (STC 90/1997)*[45]

Ahora bien, la discusión de los derechos laborales inespecíficos no proviene de cambios en la normativa constitucional sino en una recreación interpretativa de las mismas normas reconocidas ya hace algún tiempo. Al respecto se ha señalado:

> *"su silenciosa aparición y discreta consolidación traen causa no en una innovación de las normas con rango constitucional, sino en una reconstrucción dogmática de la noción misma de derecho funtamental, en un <<refinamiento>> en la interpretación de estos derechos"*[46].

La "incorporación" de los derechos fundamentales no laborales en la relación de trabajo se ha tratado de realizar de dos maneras principalmente[47]: la primera, plantean-

44 MARTIN VALVERDE, Antonio. Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales. En: Revista de Derecho Social Nº 6. Abril - Junio 1999. Pg. 19.

45 RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. Buena Fe y ejercicio de poderes empresariales. En: Relaciones Laborales Nº 17, del 08 de setiembre de 2003. Pg. 10.

46 VALDÉS DAL RE, Fernando. Op. Cit. pg. 50.

47 Aunque hay quienes han sostenido inicialmente, que dichos derechos no eran de aplicación en la relación laboral, siendo el lugar de trabajo una suerte de zona liberada de la aplicación de los derechos fundamentales.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

do una supremacía de los derechos del empleador de organizar y dirigir la empresa, por lo que los derechos fundamentales se encontraban sujetos a estos derechos, para lo cual se ha utilizado conceptos como la buena fe contractual. La segunda, por el contrario sostiene la necesidad de establecer un equilibrio entre el ejercicio del poder de dirección del empleador y el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador, incluyendo los denominados derechos inespecíficos.

A este proceso de aplicación de los derechos fundamentales no específicos laborales al interior de la empresa se le ha denominado como de modulación, la cual debe consistir en lo siguiente:

> *"dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la referida <<modulación>> deberá producirse únicamente en la medida estrictamente imprescindible, de acuerdo con el <<principio de proporcionalidad>> para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador. De modo que, toda medida restrictiva de un derecho fundamental deberá superar el correspondiente <<juicio de proporcionalidad.>>"*[48]

Como se ha dicho, esta relación no ha sido pacífica, sino por el contrario complicada, principalmente porque el poder de dirección del empleador no se encuentra totalmente definido y en todo caso, no queda claro si ese poder se encuentra limitado por el ejercicio de los derechos fundamentales o más bien el proceso se da a la inversa, el poder de dirección se convierte en un límite de los derechos fundamentales. Así Valdes Dal Re ha señalado:

> *"En la medida, en efecto en que este poder (de dirección) de contornos difusos y dotado de una acentuada legitimidad, tiene a su disposición de manera permanente el argumento organizativo, puede instalarse un ambiente claramente adverso a aquellos derechos. Las necesidades organizativas, <<filtradas continuamente al contrato de trabajo a través del poder de dirección, modalizan la relación de trabajo>> de forma que, dada la situación de subordinación del trabajador, son ellas, las necesidades, las que terminan actuando como límites de los derechos del trabajador y no éstos, los derechos, los que limiten de manera efectiva a los poderes empresariales."*[49]

Uno de los aspectos que influyen para esa falta de determinación es la ausencia de normas estatales o convencionales que de manera expresa reconozcan a los trabajadores los denominados derechos inespecíficos laborales. Si bien en

48 VALDÉS DAL RE, Fernando. Op. Cit. pg. 89.
49 VALDES DAL RE, Fernando, Pg. 89.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

principio no es necesario un reconomiento de esta naturaleza porque dichos derechos deben aplicarse en cualquier relación jurídica, es cierto que normas que regularan con mayor precisión su ejercicio en el ámbito del contrato de trabajo hubieran servido a efectos de consolidarlos. De alguna manera esto sucede con algunos derechos como el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación y el rechazo al hostigamiento sexual, que han sido considerados en la normativa, y que podría decirse se encuentran más afiatados.

Como se ha expresado anteriormente para el ejercicio de los derechos bajo estudio se utiliza términos como modulación o incorporación, en tanto el trabajador y el empleador son titulares de esos derechos previamente al inicio de la relación laboral, es decir, que no nacen como consecuencia del contrato de trabajo sino son anteriores al mismo. Sin embargo, iniciado el contrato de trabajo puede constatarse que las restricciones de esos derechos fundamentales operan para el trabajador, mas no para el empleador.

> *"Este contexto evidencia la asimetría en la que se encuentran los derechos constitucionales que trabajador y empresario aportan al contrato de trabajo. Los derechos que asisten al empresario como ciudadano rara vez van a ser amenazados o inquietados. Y las facultades derivadas de su libertad de empresa, reconducidas al contrato de trabajo, van a gozar de una legitimidad presunta ante la ausencia de limitaciones legales directamente vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador."*[50]

En este contexto a efectos de determinar el ámbito del ejercicio de los derechos laborales inespecíficos del trabajador se debe partir que se trata de derechos que no son absolutos y que como consecuencia de lo anterior pueden ser sujetos a limitaciones y restricciones. Ahora bien, las mismas deben provenir de la compatibilización con otros derechos o bienes jurídicos que tengan la misma importancia en el ordenamiento jurídico, esto es, que sean reconocidos al mismo nivel constitucional. Asimismo, la restricción deberá ser únicamente la necesaria para lograr esa compatibilidad, de lo contrario estaríamos ante una restricción abusiva.

Si bien las partes, en primera instancia, deberán de tratar de hacer compatibles sus derechos fundamentales, será el juez en última instancia quien tendrá la labor de determinar el equilibrio entre los dos derechos en pugna y cuál es la porción de los derechos que se van a aplicar y cuál de ellas se va a limitar. Sin embargo, previamente a eso, el juez debe determinar si existe o no una colisión de

50 Ibid. Pg. 98.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

derechos, es decir, si la colisión es real o sólo es aparente. En segundo lugar, decidirá si la restricción de derechos realizada es correcta o más bien no se ha realizado una adecuada ponderación de los derechos en pugna.

Al respecto se ha manifestado que

> *"Cuál haya de ser la frontera entre la normalidad y el exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales es algo que no se puede determinar <<a priori>> con carácter general. De ahí que no resulte fácil anticipar predicciones mínimamente seguras sobre cuándo es exigible que el empresario sacrifique su interés en aras del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o, por el contrario, cuándo es exigible este último, sin renunciar a derechos que son inherentes a su dignidad, ha de restringir el ejercicio de los mismos en atención a sus propios compromisos contractuales y a la mejora de la productividad de la empresa. Como ocurre con todos los estándares jurídicos, el del ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe exige una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso. Y los criterios de ponderación de las mismas pueden y suelen variar además según el derecho fundamental ejercitado."*[51]

La ponderación de los bienes puede hacerse analizando si las restricciones realizadas cumplen con una serie de condiciones, esto es, saber si las restricciones son adecuadas, indispensables y proporcionales[52]. Generalmente se tratan de limitaciones o restricciones que el empleador en uso de su facultad directriz ha impuesto a los trabajadores.

a) Adecuada. Se debe comprobar si la limitación impuesta por el empresario sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas. Se debe verificar si existe o no adecuación entre el acto limitativo al derecho del trabajador y el derecho del empleador, que es el que legítimamente podría colisionar con él y limitarlo. Asimismo, debe verificarse en este punto si la conducta del empresario es razonable o por el contrario se trata de una conducta manifiestamente irracional o arbitraria. Las restricciones no pueden ser inútiles o no tener efectividad para el fin para el cual se crearon. Palomeque Lopez y Alvarez De La Rosa le denominan juicio de idoneidad, en cuanto supone una valoración de la medida en función del objetivo perseguido.
b) Indispensable. Se debe constatar si la restricción al derecho fundamental del trabajador es estrictamente imprescindible para salvaguardar el derecho que se le

51 MARTIN VALVERDE, Antonio. Op. Cit. pg. 20.
52 Seguimos en este punto a Valdés Dal Re.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

opone. En este caso, si la decisión empresarial ha optado por la alternativa más gravosa de entre las posibles, el análisis tendrá un resultado negativo, por lo que el empleador debe optar por aquella salida que implique el menor sacrificio de derechos fundamentales. Los autores señalados lo denominan el juicio de necesidad, en cuanto debe verificarse si la medida adoptada es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para lograr el fin deseado con igual eficacia.

c) Proporcional. En este punto debe revisarse si la restricción al derecho fundamental "guarda una relación razonable y proporcionada con la relevancia del interés que se ha tratado de proteger por parte del empresario. El juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela". Y finalmente, los autores antes mencionados le denominan como juicio de ponderación, en estricto, en el que se verifica si de la medida se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Queda claro que en estos juicios o procesos de análisis subyace la noción de colisión de derechos de igual nivel, y en el que no existe una preponderacia de unos sobre otros, en tanto si fuera este supuesto no existiría un juicio de ponderación porque un derecho se impone sobre el otro.

III. LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS

El listado de derechos laborales inespecíficos dependen de cada derecho positivo, ya que en principio la norma al máximo nivel del ordenamiento jurídico los integra y contempla.

En el caso peruano, podemos citar a los que consideramos que podrían colisionar con el derecho del empleador de manera más frecuente.

a) El derecho a la igualdad y no discriminación. El artículo 2.2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho *"A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"*. Quizás este sea uno de derechos fundamentales que más se haya discutido en el campo laboral, principalmente por las discriminaciones que se han suscitado al inicio de la relación de trabajo y durante la misma, siendo los principales criterios de discriminación en nuestro país el sexual y racial[53].

53 Ver artículo de Martín Carrillo en esta misma publicación.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

b) La libertad ideológica y religiosa. El artículo 2.3 de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho *"a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público"*. Sobre esta temática se pronuncia una sentencia del Tribunal Constitucional que luego reseñamos.

c) El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. El artículo 2.7 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho *"Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias"*. Asimismo, el artículo 2.6 señala que toda persona tiene derecho a *"A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no sumistren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar"*. En nuestro país comienza a tener una mayor importancia la colision de las facultades del empleador y los derechos señalados, principalmente por la ampliación del uso de los medios informáticos en las empresas. En otros países la discusión sobre estos temas en los tribunales resulta muy sugestiva.

d) La libertad de expresión. El artículo 2.4 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho *"A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley"*. La libertad de expresión se ha discutido en materia laboral en el país, aunque el enfoque que se le ha dado ha sido distinto al que estamos desarrollando. Los casos que se han presentado principalmente han girado alrededor de comunicados elaborados y publicados por dirigentes de organizaciones sindicales, los cuales han sido despedidos aludiendo que se afectaba la imagen de la empresa o se generaba un perjuicio en contra de ella. La discusión jurídica en los procesos judiciales ha girado alrededor de la existencia o no de una falta grave, sin embargo se ha discutido tangencialmente la libertad de expresión de los trabajadores y su posible limitación.

   También en este punto es conveniente señalar que legalmente se ha establecido el derecho de información de los trabajadores con ocasión de la negociación colectiva. Así, el artículo 55º del Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece la facultad de las organizaciones sindicales de solicitar al empleador información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa. Encontramos, pues, en esta norma, una aplicación laboralizada del derecho constitucional a la información.

e) El derecho a reunión. El artículo 2.12 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho *"A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede pro-*

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

hibirlas solamente por motivos provados de seguridad o de sanidad públicas". Este derecho de reunión tiene una especial connotación en el campo laboral, porque se discute la posibilidad de su ejercicio por los trabajadores organizados al interior del local empresarial. Esta es considerada como una de las facilidades que el empleador debe otorgar a los trabajadores.

f) El debido proceso y la tutela jurisdicciónal. La Constitución en el artículo 139.3 establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional *"La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".* Sobre este derecho el TC sí se ha pronunciado como detallaremos más adelante.

Como se ha mencionado este listado solamente menciona aquellos derechos inespecíficos que resaltan frente a los demás derechos que se encuentran en esta categoría, sin embargo, es posible que en la evolución propia de las relaciones laborales cobre importancia algún otro derecho, como podría ser por ejemplo, el derecho a la educación del trabajador.

IV. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A continuación reseñamos y analizamos brevemente algunas de las recientes sentencias del TC que abordan derechos inespecíficos laborales.

1. Objeción de conciencia

Una de las más interesantes sentencias emitidas es la del 19 de agosto de 2002 (Expt. 0895-2001-AA/TC - Lambayeque. Lucío Valentín Rosado Adanaque contra el Seguro Social de Salud - Essalud). El demandante interpone la acción de amparo por violación de sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión.

El demandante era médico y pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día y durante los últimos cinco años antes de iniciar la demanda no había sido considerado en los turnos de los días sábados porque en la institución conocían su membresía a la mencionada Iglesia, la que tiene como precepto dedicar el día sábado al culto de Dios.

En el año 2001, se pretende modificar esta situación y se establece nuevos turnos y horarios. Frente a esta amenaza el demandante inicia la acción judicial y la sentencia de primera instancia le fue desfavorable básicamente por un tema procedimental referido al agotamiento de las vías previas, lo que fue confirmado por la segunda instancia.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Lo interesante del fallo del TC es, por un lado, el manejo de ciertos conceptos (libertad de conciencia y libertad de religión) y, por otro lado, la voluntad de innovar en algunos aspectos como se relatan a continuación.

a) La sentencia parte de distinguir entre la libertad de conciencia y la libertad de religión, que si bien pueden tener elementos en común son dos conceptos distintos. El primero supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, sin intromisiones. La libertad de religión más bien comporta el derecho de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. El primero está vinculado a la libertad de ideas y el segundo a la libertad de creencias (Fundamento 3).
b) Ambos derechos tienen reconocimiento internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos derechos pueden ser materia de restricción en salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público[54].
c) Considera que como en el caso el demandante pretende que se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora, se trata de una objeción de conciencia, ya que la exigencia en el cumplimiento de la orden puede reñir con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa.
d) Plantea el tema de no estando reconocida la objeción de conciencia explícitamente como derecho fundamental, si es posible iniciar una acción de amparo para lograr su protección.
e) Señala que adicionalmente a los derechos expresamente reconocidos en la Constitución se puede agregar a los derechos fundamentales no enumerados que son aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad que surgen como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, para lo cual las constituciones establecen una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales" (Fundamento 5), que en nuestro caso es el artículo 3º de la Constitución[55]. Estos derechos no enumerados se diferencian de los contenidos implícitos de los derechos reconocidos, esto es, aquellos derechos que si bien son parte de un derecho tienen autonomía y son considerados como sin-

54 Los dos primeros son mencionados expresamente, por ejemplo, en la definición de seis objetivos estratégicos de la OIT con relación a los límites en el ejercicio de la huelga aunque falta mencionar a la vida como bien jurídico tutelado. El cuarto es mencionado reiteradamente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, resulta interesante la mención a la moralidad, ya que podría generarse algún nivel de discusión si está podría servir de fundamento para restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales.

55 "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de hombre o en los principios de soberanía de pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

gulares. Un tercer grupo es el contenido nuevo de un derecho enumerado, en el que se trata de nuevos contenidos de los derechos fundamentales que se van aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de los cambios en las valorizaciones y en la propia jurisprudencia constitucional. Esto ha sucedido de una manera importante en algunos derechos constitucionales laborales, como es el caso de la libertad sindical que ha ido incorporando en su contenido diversos derechos, de ahí que se sostenga que la fórmula constitucional adoptada integra un haz de derechos referidos a la parte orgánica y a la propia actividad sindical.

f) La sentencia considera que un contenido nuevo de la libertad de conciencia es el derecho a la objeción de conciencia, "porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia" (Fundamento 6).

g) Determina la excepcionalidad y particularidad de esta situación. Así señala que "la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza *ipso facto* al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación alegada causa de exención debe ser fehaciente" (Fundamento 7).

h) El TC considera que si inicialmente la entidad había determinado respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el médico, no existían razones legítimas para que, posteriormente se decidiera cambiar la decisión. Para el TC no significa desconocer el *ius variandi* del empleador, "pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio" (Fundamento 8), no siendo suficiente la mención general que el cambio se realizaba por razones de necesidad institucional.

Como puede verse la sentencia incorpora temas interesantes como el propio contenido de los derechos vulnerados, el grupo de los derechos fundamentales donde incluye los expresamente reconocidos, los implícitos y los contenidos nuevos. Asimismo, hace mención a la ponderación de derechos en dos momentos. El primero cuando sostiene que "mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones" (Fundamento 4), y en segundo lugar, en lo mencionado en el inciso h) cuando confronta el ius variandi del empleador con el derecho supuestamente vulnerado y en el que se exige una razonabilidad a la medida impuesta por el empleador.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Cabe hacer mención a uno de los votos singulares de esta sentencia[56], en el que se pronuncia por la declaración de infundada la demanda. Uno de los fundamentos que utiliza consiste en confrontar el derecho fundamental del trabajador con el buen funcionamiento del hospital y la atención a la salud de los pacientes, estos últimos considerados como valores que la ley pone encima de autorizaciones benevolentes por razones de culto.

Como puede apreciarse los enfoques de la sentencia y del voto singular tienen una aproximación distinta. La de la sentencia, como hemos dicho, incide aunque no con profundidad, sobre la ponderación de los derechos en caso de una colisión de los mismos, como ocurre en este supuesto, sin embargo, la aproximación del voto singular es la de una jerarquía en los derechos, donde unos priman sobre los otros y como consecuencia de ello, la restricción del derecho fundamental de objeción de conciencia es total. Cabe señalar que en realidad no hay una opción constitucional en la que prime un derecho fundamental sobre el otro, por lo que no compartimos esa posición.

Ahora bien, puede suceder que en la ponderación de los derechos en pugna y de acuerdo a las circunstancias concretas, uno de los derechos sea restringido casi en su totalidad, o en su totalidad, pero eso no responde a una jerarquía preestablecida sino a determinado contexto en el que se puede razonablemente explicar dicha limitación total.

Podemos utilizar lo expuesto anteriormente para realizar el análisis de ponderación o discutir la razonabilidad de la medida que la entidad había realizado.

En primer lugar, debe evaluar si la medida es adecuada. Con esta finalidad debe conocerse si la medida impuesta sirve para garantizar las facultades del empleador y si el empleador no está actuando de manera arbitraria. El punto de partida para este análisis, en el caso concreto, es el hecho que el médico ha sido eximido de ser programado los días sábados. Esto resulta importante porque el análisis varía si se trata de un trabajador que ha estado en este régimen durante un tiempo o si se trata de una situación nueva, ya que los elementos que se deben evaluar son distintos, como por ejemplo, que se ha modificado en la entidad o que nuevas necesidades se han presentado para no tener en cuenta el derecho del trabajador a no laborar el día sábado. Sería diferente si no hubiera tenido ese régimen, en tanto recién nos preguntaríamos sobre la posibilidad de hacer compatibles la objeción de conciencia del trabajador y las facultades del empleador.

56 El voto singular de la magistrada Delia Revoredo Marsano.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Si bien no hay elementos suficientes en la sentencia para realizar la evaluación, se menciona en la misma que la entidad no ha aportado elementos suficientes para demostrar que no se trata de un acto arbitrario, sino de un acto razonable. Asimismo, se puede presumir que la finalidad de los turnos es tener una atención oportuna a los pacientes, sin embargo, no se establece que la medida adoptada sea idónea para lograr el objetivo, en cuanto, el mismo venía siendo cumplido desde que se le eximió al médico en los turnos sabatinos.

En segundo lugrar, la medida debe evaluarse en cuanto a su indispensabilidad. Al parecer la medida tomada por la entidad no sería estrictamente imprescindible en tanto no existen elementos de juicio que nos orienten a señalar que la situación había sufrido una modificación que hacía inevitable que el mencionado doctor tuviera que laborar el día sábado. A nuestro enteder esto podría explicarse si, por ejemplo, no hubiera otro especialista que pudiera asumir esa labor el día sábado. En consecuencia, al parecer la decisión adoptada por la entidad resulta ser la que genere un mayor sacrificio al trabajador, pudiendo haberse tomado otra decisión.

En tercer lugar, debe evaluarse si la medida ha sido proporcional. Nuevamente no hay los elementos suficientes en la sentencia para realizar la evaluación, sin embargo al parecer el interés de la entidad podía ser satisfecho de otra manera, por lo que no era razonable establecer un límite al derecho fundamental del médico. No conocemos el rol de turnos que se le había asignado por lo que no sabemos si las guardias eran de manera permanente los sábados o con que frecuencia éstas estaban programadas.

En consecuencia, a pesar que no existen los suficientes elementos en la sentencia - pero que deben obrar en el expediente - para hacer una evaluación completa, aparentemente la decisión de la entidad no fue razonable y afectaba de manera excesiva el derecho fundamental del médico, por lo que la sentencia del TC resulta protectora de ese derecho inespecífico laboral.

2. Debido proceso.

En la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2002 (Expediente Nº 125-2002-AA/TC. Moquegua. Angela María Mamani Mamani contra la Municipalidad Distrital de Samegua) se discute el despido de una trabajadora contratada mediante locación de servicios. El TC aplica el principio de primacía de la realidad y sostiene que para proceder la destitución debía realizarse de acuerdo a las causas previstas en el Decreto Legislativo Nº 276, y con sujeción a un previo proceso administrativo disciplinario, lo que no habia sucedido. Sobre la base de estos hechos concluye en lo siguiente:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *"Por consiguiente, se ha acreditado la trasgresión del derecho al debido proceso consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, toda vez que, al margen de la indefensión en la que se ha encontrado la actora, la Administración Municipal no ha sido justa en su actuación, contraviniendo los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, y afectando sus derechos laborales, por lo que la presente demanda deberá estimarse otorgando la tutela constitucional correspondiente." (Fundamento 5)*[57]

De similar manera se ha pronunciado en la siguiente sentencia:

> *"2. Por consiguiente, y siendo evidente que el recurrente fue separado de su cargo con manifiesta violación del derecho al debido proceso, sin ningún tipo de motivación y sin acceso a una tutela judicial real y efectiva, la presente demanda deberá acogerse otorgando la tutela constitucional correspondiente, procediéndose a reconocerle adicionalmente el período en que estuvo separado inconstitucionalmente de su cargo, pero sólo para efectos pensionables"*[58]

Considera el TC que la omisión del procedimiento administrativo previo atenta contra el derecho laboral inespecífico del trabajador. Resulta en este caso interesante que la violación de un derecho inespecífico, tiene como consecuencia la vulneración de un derecho específico laboral como es el derecho al trabajo. También es interesante resaltar la extensión del artículo constitucional del debido proceso al campo administrativo.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sostenemos que en esta evolución del reconocimiento real del ciudadano trabajador al interior de la empresa y del respeto a sus derechos fundamentales, específicos laborales o no, resulta de suma importancia considerar que esos derechos no están subordinados a las facultades que tiene el empleador al interior de la empresa, sino que en cuanto colisionen con las mismas, deberá de utilizarse las herramientas jurídicas necesarias para limitar al mínimo ambos derechos, de tal manera que la restricción y, por ende, el sacrificio que se realice, sea el mínimo indispensable.

57 Del mismo modo se pronuncia en la sentencia de fecha 9 de enero de 2003 (Expte. 2387-2002-AA/TC. La Libertad. Carlos Augusto Gallo González contra la Municipalidad de Pataz) y en la sentencia de 23 de octubre de 2002 (Expt. 0132-2002-AA/TC. Huaraz. Carlos Enrique Loyola Diestra contra la Municipalidad de Centro Poblado Menor de Huamaya).

58 Sentencia del 9 de diciembre de 2002. Expt. 1205-2002-AA/TC. Lima. Elmer Máximo Rubina Angulo contra el Estado.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La debida ponderación de derechos fundamentales en pugna tendrá como consecuencia una canalización adecuada del conflicto y una solución aceptada por las partes.

Es más, se considera que el empleador tiene un rol en la promoción de estos derechos fundamentales. Así se ha señalado:

> *"Desde la buena fe se defiende la existencia de un deber de ejercicio de los poderes empresariales para proteger los derechos fundamentales del trabajador, al menos previniendo su menoscabo. Se trata de una visión positiva de los derechos fundamentales en cuya efectividad el empresario no sólo tendría un papel negativo o limitativo, como generalmente se entiende, sino también un papel positivo, integrando la buena fe en el contrato a cargo del empresario no sólo el respeto sino también en buena medida la tutela y protección de los derechos fundamentales del trabajador frente a injerencias o límites de otros"*[59].

En consecuencia, el objetivo es que se establezcan los mecanismos para una adecuada aplicación de los derechos fundamentales.

59 Rodriguez-Piñero, Miguel. Op cit. pg. 11

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional

Luz Pacheco Zerga
Profesora de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo y de la Universidad de Piura.

La Constitución del Perú, en su primer artículo declara que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Este es el barómetro para medir la civilidad de las acciones sociales y, por tanto, el amparo que el Derecho puede dar a las actividades ciudadanas. En el ámbito de las relaciones laborales, esta defensa adquiere matices particulares por la desigualdad jurídica entre empleador y trabajador, que establece una subordinación jurídica y económica del segundo a favor del primero. El ámbito de la subordinación se ha ido precisando con el transcurso de los años, estando limitada hoy en día a la estrictamente necesaria por razón del oficio o trabajo a realizar. Por eso, el ius variandi o poder de dirección del empresario debe ejercitarse teniendo en cuenta que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador" (Constitución del Perú, 23).

El Tribunal Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial en materia laboral, en la que los derechos fundamentales han sido privilegiados en temas y aspectos relegados o nuevos en nuestro medio, pero que ya han sido desarrollados ampliamente por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina científica del Derecho comparado.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Entre ellos se encuentra el de los límites del *ius variandi,* que debe ejercitarse en armonía con los derechos de los trabajadores, a fin de integrar los intereses de éstos con el del empresario. Ni el empleador puede ignorar o violar la esfera jurídica del trabajador ni éste obstruir el ámbito de poder que le corresponde a aquél. En los casos en que las órdenes sean manifiestamente antijurídicas el trabajador no sólo está facultado a oponer su *ius resistentiae* –pues, de lo contrario, sería cómplice de un delito[60]- sino también está obligado a denunciar la actividad ilícita del empleador. La dificultad se encuentra en aquellos otros campos en que el mandato, aparentemente se ajusta a los cánones jurídicos.

Sabemos que la subordinación –*contrario sensu*- faculta al empleador a dictar órdenes para lograr los fines de la organización empresarial y el trabajador está obligado a obedecerlas, ya que, de lo contrario, incurriría en una falta que, de acuerdo a la gravedad, podrá ser sancionada inclusive con el despido {Ley de Productividad y Competitividad Laboral, arts. 9 y 25, a). Interesa, por tanto, delimitar cómo deben ejercitarse los derechos fundamentales en este marco de subordinación para no incurrir en sanción disciplinaria.

Para estos efectos es especialmente ilustrativa la sentencia del 19 de agosto de 2002[61] del Tribunal Constitucional, en la que se resuelve la acción de amparo presentada por el médico Lucio Valentín Rosado Adanaqué contra el Seguro Social de Salud –ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo. El recurrente solicitó que no le obligasen a trabajar los sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión[62], ya que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos obliga a la observancia del día sábado como día dedicado al culto, por ser "el Día del Señor o Día de Reposo Cristiano", que le impedía, en conciencia, trabajar. El Tribunal ha amparado la demanda elaborando una doctrina jurisprudencial sobre la libertad de conciencia y religión, así como sobre la objeción de conciencia.

Analizaremos seis de los temas tratados en los fundamentos de la sentencia y en los votos en discordia:

1. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA PREVIA Y LA POSIBLE SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA:

ESSALUD propone esta excepción porque alega que el demandante no había formulado ningún reclamo previo ante su empleador, es decir, no había agota-

60 Cfr. Código Penal, art. 13.
61 Expediente Nº 0895-2001-AA/TC Lambayeque.
62 Acción de Amparo interpuesta el 31 de enero de 2001

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

do la vía administrativa. En dos instancias precedentes los Jueces habían desestimado la acción por considerar fundamentada la excepción.

Sin embargo, el Tribunal sostiene que la exigencia de agotar la vía administrativa constituye, en este caso, un *requisito perverso* ya que durante ese lapso el recurrente vería vulnerados sus derechos constitucionales materia del Amparo. No equipara esta situación a la del inciso 2) del Art. 28, que exonera del agotamiento de la vía previa cuando ésta conduzca a que el daño sea irreparable, porque considera que son supuestos distintos. Puede afirmarse que el deber de brindar una tutela judicial efectiva es considerado suficiente para desestimar la excepción, aun cuando -como en este caso- se origine en un elemento subjetivo. El Tribunal considera los mecanismos procesales como medios para la defensa de la dignidad humana, por eso, interpreta que la vía más idónea es aquella que brinde protección con mayor celeridad.

Se ha criticado[63] la calificación de *perversidad* para referirse al cumplimiento del trámite administrativo, resaltando que para resolver la Acción de Amparo se ha tardado año y medio, mientras que en el proceso ordinario administrativo la acción se hubiera resuelto entre 60 a 90 días hábiles, de acuerdo a las normas de la Ley Nº 27444. No obstante, convendría tener en cuenta, que si se trata de comparar plazos legales, la Ley Nº 23506 establece uno de seis días en primera instancia y de veinte en la sede superior, a los que debe adicionarse otros veinte días en la Corte Suprema. En total están previstos alrededor de 50 días, es decir un plazo más corto que el administrativo. Por tanto, la decisión del justiciable de acudir a la vía del Amparo es razonable, pues se presenta como la vía procesal más rápida para lograr la tutela que pretende.

Respecto a la posible sustracción de la materia, en caso que el médico hubiese obedecido a las órdenes superiores durante el tiempo que duró el procedimiento, por las razones antes anotadas se deduce que –precisamente- la efectiva vulneración de esos derechos justifica plenamente el recurso a la Acción de Amparo.

2. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

Estas libertades están reconocidas en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución[64]. El Perú es uno de los ocho países latinoamericanos que distingue entre estos dos tipos de libertades. Hay otros ocho que sólo se refieren a la libertad re-

63 Cfr. Análisis Laboral, junio 2003, pp. 33-35.

64 "Toda persona tiene derecho: A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ligiosa y, finalmente, otros –especialmente las antiguas colonias francesas- que incluyen, dentro de la libertad de conciencia, a la de pensamiento y religión[65].

No existe unanimidad en la doctrina científica jurídica para delimitar el contenido de la libertad religiosa, el de la libertad de pensamiento y el de la libertad de conciencia. Para unos se trataría de un solo derecho que contiene tanto la libertad de pensamiento como la de religión y conciencia. Para otros, estos contenidos se confunden y se refieren indistintamente a *ideas, ideología, creencias, convicciones, opiniones, culto, conciencia y religión.* Finalmente, para otros existe un derecho específico para cada una de las libertades, aunque estén íntimamente relacionadas entre sí.

En esta corriente doctrinaria destaca Javier Hervada, quien entiende *la libertad religiosa* como aquella que tiene por objeto la religión y como bien protegido, la capacidad del hombre de relacionarse con la Divinidad, de prestarle adoración y darle culto individual o colectivamente[66]. Y, *la libertad de conciencia* es más bien la que ampara la actuación *en conciencia,* es decir, el derecho a obrar conforme a los dictados de la propia conciencia, sin verse obligado o compelido a hacerlo contra ella. En cambio, la libertad de pensamiento tiene como objeto un sistema de ideas, creencias, convicciones y opiniones que profesa la persona y su bien protegido es el acto de pensar, que incluye los actos de opinar, de obrar y de conducirse conforme a ese pensamiento. Como se puede apreciar esta libertad es más amplia que la religiosa y está reconocida explícitamente en el siguiente inciso del mismo artículo segundo de la Constitución.

Las tres libertades giran en torno a la radical dignidad de la persona humana: el de la libertad, propia de su ser espiritual, que le otorga unidad indisoluble a su actividad en sus diferentes manifestaciones y plantea, por tanto, la exigencia social de respetar la libre determinación ajena. Mientras que a los animales es lícito exigirles un comportamiento contrario a sus apetencias, a las personas no, porque su actividad no responde a simples tendencias instintivas, sino a decisiones libremente adoptadas, que merecen -en todos los casos- el máximo respeto de parte de los demás. Lo contrario sería indigno no sólo para quien sufriera esa coacción sino, mas aún, para quien ejerciera violencia contra ella. Y éste es el marco de referencia para calificar la juridicidad del *ius variandi* y la subordinación laboral en los casos concretos.

La formulación del derecho a la libertad religiosa de la Constitución garantiza, como bien destaca Carpio Sardón, una plena inmunidad de coacción en esta

65 Cfr. José Luis CARPIO SARDÓN, La libertad religiosa en el Perú, Colección Jurídica, Piura, Universidad de Piura, 2001., p. 189.

66 Los eclesiasticistas ante un espectador, Pamplona, 1993, 80 y 200, citado por CARPIO SARDÓN, **op.cit.** ,191.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

materia para todos los ciudadanos, sea cual sea su confesión[67]; *lo cual se expresa en el derecho a no ser obligado a obrar contra su fe religiosa o impedido de actuar de conformidad con ella.*

Interesa destacar que al estar incluido este derecho dentro del Capítulo "De los Derechos Fundamentales de la Persona" la protección constitucional primariamente se dirige a tutelar el ejercicio individual de la propia fe[68]. Los límites para su ejercicio se encuentran precisados en el mismo texto constitucional, cuando se establece que no se debe ofender a la moral ni al orden público. El texto legal hace referencia al ejercicio público de este derecho, pero podemos concluir que en el ámbito privado son exigibles los mismos requisitos.

Finalmente hay que tener en cuenta que se trata de un derecho fundamental, anterior al Estado, cuya titularidad es connatural al hecho de ser persona. Esta calificación constitucional es un reconocimiento explícito del carácter de bien esencial que tienen tanto la adhesión a Dios, como la profesión de las creencias religiosas para la recta organización y desarrollo de la sociedad. En todo caso, es innegable su carácter de derecho matriz, no sólo porque se desglosa en otros derechos de contenidos específicos distintos[69], sino porque su violación convierte a un Estado en ilegítimo al desconocer un derecho fundamental, cuyo título no es positivo (otorgado por el hombre) sino natural.

En la sentencia que venimos comentando se pone de manifiesto "la incuestionable vinculación entre ambos derechos (...) pues es difícil si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia". Destaca también que "en puridad la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias". Y hace referencia al reconocimiento internacional de ambos derechos[70]. Es necesario, pues, definir con más precisión el contenido de estas libertades y, especialmente, qué es y cómo opera –en relación con la libertad individual- la conciencia personal.

Como bien afirma Martín de Agar, "la conciencia no es el conjunto de las propias opiniones o preferencias, ni tampoco la fuente de la moralidad que hace buenas o malas las acciones (...) Es el juez que dictamina sobre la adecuación

67 Cfr. Ibidem., 193.
68 Cfr. **loc. cit.**
69 Cfr. art. 2 incisos 3 **in fine**, 18 y 24[3]
70 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12; entre otros instrumentos.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de mi conducta con la ley moral objetiva" [71]. Es un juicio imparcial, muchas veces incómodo, que cuando reprueba la comisión de un acto ordenado por la ley civil o por otra autoridad, lleva al sujeto a decir no solamente: *no quiero hacer esto, sino, más bien, no puedo hacer esto*[72].

La ley que el hombre descubre en lo profundo de su conciencia no se la da a sí mismo. Esa ley que le impulsa a obrar el bien y evitar el mal es el camino que todo hombre recorre para descubrir el sentido de su vida y de sus deberes para con los demás. Actuar contra los dictados de la propia conciencia lleva a un oscurecimiento de la verdad sobre el hombre mismo, que se expresa en una actitud cínica y utilitarista, indigna de la persona. Así lo ha entendido la humanidad desde muy antiguo: no es un dilema moderno[73].

Por otro lado, la objeción de conciencia no puede ser utilizada como un mecanismo de individualismo insolidario, sino más bien debe ejercitarse en armonía con el bien común. Es por esto que, tanto la libertad de conciencia como la de religión, pueden sufrir restricciones cuando su ejercicio atente contra la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público.

3. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Como se ha esbozado en las líneas precedentes, la objeción de conciencia es un conflicto interior, subjetivamente insoluble que enfrenta una persona cuando determinadas circunstancias le imponen una obligación cuyo cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que profesa. Estas obligaciones pueden provenir, incluso de un mandato legal o constitucional. Mientras que un precepto externo a él le ordena hacer algo, la ley interior que le da a conocer su conciencia le ordena abstenerse de esa acción.

Se enfrentan, por un lado, el orden establecido, el principio de autoridad y, por otro, el deber de actuar en conciencia. Como bien destaca la sentencia bajo co-

71 José T. MARTÍN DE AGAR, La Iglesia Católica y la objeción de conciencia, Simposio Internacional "La objeción de conciencia en México y en el mundo", Versión mecanográfica, p. 9.

72 Paradigma de este conflicto es la vida de Tomás Moro, Lord Canciller de Inglaterra, durante el reinado de Enrique VIII, quien se negó a firmar el Acta de Supremacía, por considerar que implicaba la negación del primado del Obispo de Roma –el Papa- sobre la Iglesia Universal. Su negativa es un ejemplo claro de como un "no me es lícito" se convierte en un "no me es posible". La película "El hombre de dos mundos", recoge con maestría el drama de este hombre de leyes, que prefirió actuar en conciencia. a costa de su vida, a ceder a las presiones del gobernante de turno

73 Suele citarse Antígona: "No fue Zeus el que los ha mandado publicar ni la justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno.", SÓFOCLES, *Tragedias: Ayax, Las Traquinias, Antígona, Edipo Rey, Electra, Foloctetes, Edipo, El Colono*, Madrid: Gredos, 1998, p. 265)

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

mentario, "de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia". Resalta el Tribunal que sería una "paradoja perversa permitir el desarrollo de convicciones para luego traicionarlas o reprimirlas, con la consecuente afectación de la psiquis del individuo y, por ende, de su dignidad". Y también del orden social porque actuar en conciencia forma ciudadanos veraces, confiables, que no sólo permiten una convivencia civil pacífica si no, también, el desarrollo social. En cambio, la mentira paraliza, siembra desconfianza, sistemas de control que encarecen los sistemas operativos y no son eficaces. La mentira –ha afirmado un filósofo contemporáneo- es causa de subdesarrollo: tenemos muchas experiencias en este sentido. La corrupción -cada vez más extendida- nace, en último término, de la incoherencia personal, de haber actuado contra la propia conciencia hasta acallar la voz de ese juez interior y perder de vista los mandatos éticos fundamentales.

Al establecer la procedencia del Amparo, el Tribunal analiza si la objeción de conciencia es uno de los derechos "no enumerados" o "escritos", previsto en el Art. 3 de la Constitución[74], o si se trata del desarrollo de un derecho "viejo", cuyo contenido está implícito en éste. Y concluye que el alcance del derecho a la libertad de conciencia ha ido evolucionando, como "consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional". Efectivamente, mientras que hasta mediados del siglo pasado se daba preeminencia al orden establecido en su vertiente objetiva (la autoridad, la ley, el bien y el mal objetivos) paulatinamente la sociedad se ha enriquecido con una mayor sensibilidad por la centralidad de la persona, de su conciencia y de su libertad. No son pues derechos nuevos, sino antiguos con diferentes manifestaciones. En esta línea argumental la sentencia establece, como principio general, que "en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre" y plantea la referencia al artículo 3 de la Constitución a "aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita".

74 "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

4. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA:

El pluralismo democrático exige el respeto a la autodeterminación de las personas pero preservando el bien común, que a su vez requiere que no se relativicen los mandatos jurídicos. No existiendo en el Perú una norma de nivel infra-constitucional que determine los alcances del ejercicio de la libertad de conciencia, el Tribunal ha optado por reservar a la sede judicial la calificación de la legitimidad del ejercicio de este derecho. En consecuencia, la objeción de conciencia no garantiza ipso facto la abstención del cumplimiento de un deber; su licitud debe ser declarada expresamente, previa comprobación fehaciente de la causa alegada.

En el caso de autos, la demandada no probó que pudiera justificarse la restricción del derecho del demandante por un bien superior. En otras palabras, la atención de la salud de los pacientes que acuden al Hospital Almanzor es suficientemente atendida los sábados, sin necesidad de contar con los servicios del demandante, pues el número de médicos que trabajan para esa entidad basta para atender los requerimientos de la población en ese día de la semana.

Consideramos que se ha dado un paso importante para reconocer -en la práctica- que el trabajador es titular de derechos fundamentales[75] y que es deber del empleador organizar el trabajo, de tal modo, que la relación laboral no limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador (Constitución, art. 23). No obstante, el auténtico respeto a la libertad de conciencia exige un desarrollo legislativo de este derecho para evitar que todas las objeciones de conciencia tengan que ser necesariamente legitimadas en sede judicial.

Lamentablemente, el vocal Rey Terry en los fundamentos de su voto en discordia afirma que las modalidades laborales no deben tener en cuenta las creencias religiosas y que el ius variandi del empleador le faculta a organizar las actividades para cumplir los objetivos de la organización, sin hacer distinciones. Según este planteamiento el trabajador sería una simple fuerza de trabajo, cuya dignidad estaría limitada por las exigencias productivas de la entidad para la que trabaje. Un régimen de trabajo de este tipo desdice de los presupuestos de la sociedad peruana cuya identidad nacional, expresada en el texto constitucional, se fundamenta en el respeto y defensa de la persona humana y su dignidad (art. 1).

Por otro lado, en la función jurisdiccional existe la objeción de conciencia, aunque sin calificarla con este nombre. La Constitución establece que los Magistrados son independientes en sus decisiones judiciales y que sólo están sometidos

75 Cfr. Alfredo MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo, 21 ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 311 y ss.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

a la Constitución y a la ley[76] y tanto la Ley de Amparo y Habeas Corpus[77] como la Ley Orgánica del Poder Judicial[78], señalan que los jueces podrán apartarse de las sentencias del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema, cuando tengan fundamentos de hecho y de derecho para hacerlo. Por tanto, están facultados a oponerse a normativas de sus superiores al impartir justicia. Es evidente que la confiabilidad en la función jurisdiccional descansa en la autoridad de los magistrados, quienes han de tener la ciencia y honestidad debidas para fallar de acuerdo a lo que a su leal saber y entender consideran justo.

5. LA OBLIGATORIEDAD DEL DESCANSO SEMANAL EN LAS CONFESIONES RELIGIOSAS CRISTIANAS

Este tema es el que analiza con mayor detenimiento la Dra. Revoredo, en su voto discordante. La Magistrada considera que esta sentencia puede traer como consecuencia que los adventistas se nieguen a trabajar en días sábados y los católicos, en domingo, con el consiguiente desmedro de la salud de la población. Sin embargo, este temor es infundado porque no todos tenemos por qué objetar las mismas prescripciones, ya que la conciencia no es idéntica para todos: cada persona es única e irrepetible[79]. Habrán cristianos para quienes la objeción de conciencia ante la guerra tenga la misma validez que ante el aborto, por una interpretación personal de la ley moral o por su sensibilidad, aun cuando los supuestos sean distintos, porque mientras que la guerra es lícita cuando no queda otro recurso[80] (así se ha pronunciado el Magisterio de la Iglesia), el aborto (la genética ha progresado lo suficiente para saber que la vida humana empieza con la concepción) es siempre privar de la vida a un ser inocente y desvalido y, por tanto, nunca es justificable.

La objeción de conciencia es personal e "intransferible", como lo es la conciencia que conmina a no realizar un acto que considera injusto. Por eso, aún cuando el domingo sea para los católicos lo que el sábado es para los adventistas, la Iglesia Católica no prohíbe trabajar el domingo, pero sí exhorta a que "cada cristiano evite imponer sin necesidad a otro lo que le impide guardar el día del Señor". Y añade que "cuando las costumbres (deportes, restaurantes, etc.) y los compromisos sociales (servicios públicos) requieren de algunos un trabajo domi-

76 Art. 146: El Estado garantiza a los magistrados judiciales:
1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley.

77 Ley 23506, art. 9

78 D.S. 017-93- JUS, arts. 16 y 22.

79 "A diferencia de posiciones fundamentalistas, la fe cristiana no considera la Palabra revelada como una voz del arcano que hay que seguir siempre a la letra sin posibilidad de diálogo con la razón humana (...), la conciencia cristiana se forma y va haciendo personal la norma moral: siguiendo la misma y única ley, cada uno descubre lo que a él le pide Dios en cada momento". MARTÍN DE AGAR, La Iglesia Católica y la objeción de conciencia, p. 10.

80 Aunque siempre será una derrota para la humanidad, ya que la violencia no es un mecanismo adecuado para solucionar los conflictos sino, más bien, es propio de los seres irracionales.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

nical, cada uno tiene la responsabilidad de dedicar un tiempo suficiente al descanso. (...) A pesar de las presiones económicas los poderes públicos deben asegurar a los ciudadanos un tiempo destinado al descanso y al culto divino. Los patronos tienen una obligación análoga con respecto a sus empleados"[81].

Podemos apreciar que, en el caso de la Iglesia Católica, aun cuando establece el deber de dedicar el domingo al descanso, a la vida familiar y a dar a Dios el culto debido, no impone un deber absoluto de abstenerse del trabajo porque no quiere imponer más cargas a los católicos que se encuentran obligados a laborar, por exigencias de sus empleadores. Y, a la vez, hace una invocación para cambiar este orden social y recuperar el sentido del descanso dominical.

6. EL DEBER DE TRABAJAR DE LOS PROFESIONALES MÉDICOS:

Este argumento ha sido empleado por los dos Magistrados que emitieron votos discordantes. Para ambos, el deber de trabajar de un médico es incondicional: se debe a sus pacientes en cualquier momento en que requieran sus servicios. Sin embargo, habría que matizar esta afirmación porque exigir a un médico que atienda a los pacientes a toda hora, es desconocer la condición humana de esos profesionales, que también tienen derecho a dedicar un tiempo al descanso y a actuar conforme a sus principios y creencias. De lo contrario, los profesionales de la salud serían ciudadanos de segunda categoría a quienes se les negarían derechos fundamentales. La aparente oposición entre los deberes que el Juramento hipocrático impone y los de una conciencia o religión –como en el caso bajo comentario- se resuelve al recordar que el ejercicio de la libertad de conciencia y religión debe armonizarse con el bien común. Por tanto, lo fundamental no es que un médico trabaje los sábados o domingos sino que los pacientes que acudan al hospital sean atendidos por personal calificado todos los días de la semana.

Finalmente, si bien es cierto que ESSALUD había respetado el deber de descaso sabático del médico recurrente desde dos años atrás, este hecho si bien refuerza su pedido no es causa suficiente para amparar o denegar su solicitud. Ya que si una persona, en el libre ejercicio de sus derechos decide cambiar de religión, debe tener garantizado el derecho de ejercer su trabajo en armonía con sus creencias y conciencia, respetando a la vez, el justo orden público.

El camino trazado por esta sentencia exige un cambio cultural de parte de muchos empresarios y trabajadores, que tras diez años de liberalismo han olvidado que el trabajador es titular de derechos y libertades, porque la condición laboral no excluye la de ciudadano.

81 Catecismo de la Iglesia Católica, n. 2187.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional

Carlos Blancas Bustamante
Abogado, Titular del Estudio Carlos Blancas Bustamante, Abogados, Profesor Principal de la Facultad de Derecho y de la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Ministro de Trabajo, ex Ministro de Justicia, ex Diputado Nacional, integrante de la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional (2001) y de la Comisión redactora del proyecto de la Ley General de Trabajo (2002)

La construcción de un Estado de Derecho "material" implica el sometimiento de la actuación estatal no sólo a un conjunto de formas y procedimientos sino, al mismo tiempo y de modo inseparable, a determinados elementos objetivos, cuya realización constituye una obligación fundamental del Estado, a través de la formación del Derecho. El núcleo esencial de tales elementos objetivos está conformado por los derechos y libertades de las personas, cuya protección y respeto dota de contenido a la actividad estatal.[82]

A su vez, el proceso continuo de expansión de los derechos fundamentales, que condujo al reconocimiento de los derechos sociales o de segunda generación y,

82 Vid. SCHNEIDER, Hans-Peter "Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático" en Revista de Estudios Políticos. Nº 7, Madrid, 1979, pp.23-24.; asimismo, Kriele, Martín, "Introducción a la teoría del Estado", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pag. 140 y sgts.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

entre estos, de manera destacada, a aquellos derivados o vinculados al trabajo, otorgó relevancia constitucional a la relación de trabajo como ámbito natural y específico de desenvolvimiento de tales derechos pero, a la vez, y contradictoriamente, como espacio potencialmente lesivo para su ejercicio, en la medida que los poderes reconocidos al empleador para organizar y dirigir la empresa pueden ser ejercidos abusivamente, afectando con ello los derechos fundamentales del trabajador.

Uno de los momentos en que dicho conflicto suele emerger con características particularmente intensas y consecuencias más graves es el de la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, cuando ésta, lejos de estar fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por el trabajador, tenga por motivo impedirle el ejercicio de sus derechos o sancionarlo a causa de él, o asimismo, incluso si tal decisión se encuentra justificada, cuando la realización del despido conlleva la lesión de aquellos derechos.

Teniendo en cuenta estas premisas, el presente trabajo tiene por objeto abordar la cuestión atinente a la protección del trabajador frente a despidos lesivos de sus derechos fundamentales en sede jurisdiccional constitucional, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACION DE TRABAJO

1. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

Una cuestión inicial, antes de establecer la posible relación entre derechos fundamentales y relación de trabajo, y habida cuenta de que ésta ultima se desenvuelve en el ámbito privado, reside en determinar si tales derechos son oponibles entre particulares, es decir en el marco de relaciones jurídicas privadas, generalmente establecidas al amparo de la libertad de contratación y del principio de la autonomía de la voluntad.

La respuesta tradicional del Derecho Constitucional a esta cuestión ha sido negativa. La teoría de los derechos fundamentales como "derechos públicos subjetivos", formulada por Jellineck,[83] atribuye a estos derechos la función de definir y garantizar la posición del individuo ante y en el Estado, configurando un *"status libertatis"*. Los derechos públicos subjetivos son, según esta concepción,

83 Señala Jellineck, que estos derechos "...describen la relación permanente entre el individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos" (JELLINECK, Georg, "Teoría ge-neral del Estado", Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p.387.)

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

los que corresponden a toda persona como miembro del pueblo del Estado y que le aseguran el respeto y protección de sus libertades ante el poder de éste, operando como un límite al mismo y garantía del *status* reconocido a la persona en su relación con el Estado. Por ello, esos derechos además de subjetivos, como lo es todo derecho, son "públicos" en cuanto a través de ellos se define la relación jurídica entre el individuo y el Estado. Por su parte, Schmitt considera que la función de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional consiste en garantizar una esfera de libertad individual, ilimitada, en principio, frente a la posibilidad de injerencia del Estado que, por el contrario, es limitada, en principio.[84]

Esta concepción, como es obvio, restringe el ámbito de actuación o eficacia de los derechos fundamentales al campo de las relaciones de derecho público, excluyendo aquellas que tienen su origen, y están reguladas, por el derecho privado, como es el caso de la relación de trabajo.

Sin embargo, la moderna doctrina del Derecho Constitucional, desarrollada, en esta materia, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, ha superado esta noción clásica para sentar el principio de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, esto es en el ámbito de las relaciones de derecho privado. Esta doctrina conocida como la *"Drittwirkung"* considera que los derechos fundamentales son oponibles, no solamente frente al poder estatal, sino, también, en las relaciones entre particulares afirmando, de este modo, que el amplio campo de las relaciones privadas no está exento de conductas y hechos lesivos de los derechos fundamentales de las personas.

Las razones principales que han llevado al tribunal alemán, y luego a otros, a sostener esta doctrina pueden sintetizarse, en el siguiente modo:

a) La existencia de poderes privados o fácticos, que influyen decisivamente en la vida social y ejercen poderes superiores a los de la persona considerada individualmente. La igualdad jurídica de las partes, erigida en fundamento del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que descarta axiomáticamente cualquier posición de dominación o superioridad entre las partes contratantes, ha demostrado ser un mito o una simple premisa ideológica, propia del estado liberal en que dicha concepción se forja, diariamente desmentida por la realidad que evidencia, especialmente en la sociedad contemporánea, la creación de poderosas organizaciones priva-

84 SCHMITT, Carl, "Teoría de la Constitución", Alianza Editorial S.A., Madrid, 1982, p.170.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

das -económicas, políticas, sociales, religiosas y otras- que detentan un enorme poder, del cual se valen para imponer sus intereses a las personas con las que se relacionan. Se ha dicho, con acierto, por ello que *"Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público".* [85]

b) La consideración de la Constitución como norma fundamental, que informa y penetra el conjunto del ordenamiento jurídico estatal, otorgándole su unidad. Esta visión, que parte del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable [86], descarta y supera una visión tradicional que acantona el ámbito de la Constitución a la regulación y ordenación de la actividad estatal y de los "derechos públicos subjetivos", segregando de aquel la esfera del derecho privado que vendría a estar regido, en lo fundamental, por la codificación del derecho civil y privado.

La noción de la Constitución como verdadero fundamento de la totalidad del ordenamiento jurídico, implica la subordinación de todas las ramas del derecho, tanto público como privado, a aquella, que hoy día, especialmente a través de la vasta enumeración de derechos que contiene, establece los principios y bases de los ordenamientos normativos sectoriales o específicos. De este modo, aquellos ámbitos tradicionalmente reservados al derecho privado, se encuentran hoy insertos dentro del marco general de la Constitución, como norma fundante del ordenamiento en su conjunto, sin que el carácter privado de las relaciones que aquel regula pueda oponerse válidamente a la vigencia en éstas de las normas constitucionales. Ello no conduce, desde luego, a negar o devaluar el principio de la autonomía de la voluntad como fuente de estas relaciones, toda vez que la Constitución no contiene - ni puede hacerlo- una regulación exhaustiva del derecho privado - como sí la tiene respecto de la organización de los poderes públicos- sino, únicamente, los trazos esenciales de este, lo que, sin embargo, es suficiente para insertar en las relaciones propias de su ámbito el principio de supremacía de la Constitución y del mayor valor de los derechos fundamentales.[87]

c) La conformación del Estado social de Derecho, que se orienta al logro de la igualdad sustancial, imponiendo al Estado la obligación de promoverla y de

85 BILBAO UBILLÚS, Juan María, "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p.243.

86 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1985.

87 Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La dogmática de los derechos humanos", Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p.82 y siguientes.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

remover todos los obstáculos que se oponen a ella. En el estado social de derecho, la teoría de los derechos humanos experimenta una importante modificación al reconocer como valores informadores de los mismos no sólo la libertad y la igualdad ante la ley sino, en la misma medida, la igualdad sustancial y la justicia social, lo que conduce, al mismo tiempo, a la extensión del catálogo primigenio de los derechos fundamentales mediante la incorporación de los derechos sociales, o de la segunda generación, así como a la reformulación, en clave social, de algunos derechos de la primera generación.[88]

Si bien muchos de los derechos sociales, como los relativos a la salud, la educación, la seguridad social o al bienestar, son derechos que exigen una acción positiva de parte del Estado, el núcleo principal de éstos lo conforman los derechos de carácter laboral, varios de los cuales por su exigibilidad directa e inmediata, que no por su contenido, se asemejan a los de la primera generación.[89] Sin embargo, aspecto peculiar de los derechos laborales, homologados como derechos fundamentales, reside en que estos se insertan en el marco de las relaciones de trabajo y si bien algunos de ellos, como la libertad sindical, son oponibles frente al Estado - que está obligado a respetarla y garantizarla - todos son exigibles ante el empleador. En tal virtud, la constitucionalización del Derecho del Trabajo, que es un aspecto característico, y componente esencial, del Estado Social de Derecho, supone la proyección de los derechos fundamentales al ámbito de una de las relaciones privadas más relevantes de la sociedad actual, como lo es la relación trabajador-empleador, nacida del contrato de trabajo.

La *"Drittwirkung"* ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú a partir de la norma contenida en el artículo 38° de la Constitución. Señala el TC que *"De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fun-*

88 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales, En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social, AAVV, Asociación Laboral para el Desarrollo, Lima, 1993, p.p. 26-29.

89 Ibidem, p.p.31-32.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

damentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado, en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional."[90]

2. Eficacia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo

2.1. Los derechos fundamentales relativos al trabajo

La constitucionalización del Derecho del Trabajo supone la incorporación al listado de los derechos fundamentales de un conjunto de derechos relativos al trabajo. Entre los más frecuentemente enumerados en las constituciones figuran el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga y a la negociación colectiva, el derecho a una remuneración justa, a la igualdad de trato y no discriminación, a la jornada de trabajo, a la protección contra el despido y algunos otros.[91]

La Constitución peruana contiene un conjunto amplio de normas relativas al trabajo que podemos agrupar en la siguiente forma: a) Normas generales de protección: el deber y derecho al trabajo, la protección prioritaria del Estado al trabajo de la madre, el menor de edad y el impedido, el fomento del empleo productivo y la educación para el trabajo, la libertad de trabajo y la prohibición de que la relación de trabajo limite el ejercicio de los derechos constitucionales o desconozca o rebaje la dignidad del trabajador; b) Principios de la relación laboral: igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, e interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma; c) Derechos individuales: el derecho a una remuneración equitativa y suficiente y a la remuneración mínima, la limitación de la jornada de trabajo y el derecho al descanso semanal y anual remunerado, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho a la participación en las utilidades de la empresa y a otras formas de participación que promueva el Estado; y, d) Derechos Colectivos: libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo y el derecho de huelga.

90 Sentencia del TC del 11 de Julio de 2002, Expediente Nº 1124-2001-AA/TC, Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL con Telefónica del Perú S.A. En el mismo sentido, vid, Sentencia del TC del 13 de Marzo de 2003, Expediente Nº 976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco con Telefónica del Perú S.A.

91 Para una amplia exposición sobre el tema ver CARRILLO CALLE, Marlin. Los Derechos Laborales en la Constituciones Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado. En: Constitución Trabajo y Seguridad Social, AAVV, Asociación Laboral para el Desarrollo, Lima 1993, p.p.63-82.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

De este modo, tales derechos adquieren rango constitucional y, por consiguiente, quedan comprendidos en el ámbito procesal de protección dispensado al conjunto de los derechos constitucionales.[92]

Sin embargo, desde hace algún tiempo, la doctrina ha puesto de relieve que además de los derechos específicamente laborales reconocidos en las constituciones, existen otros derechos fundamentales que tienen especial relevancia en las relaciones laborales al punto que de su ejercicio efectivo puede depender que el trabajador disfrute realmente de sus derechos de naturaleza laboral. Alonso Olea, a quien se debe esta perspectiva, se ha referido a la "versión laboral de los derechos fundamentales" y ha señalado que estos derechos *"pueden emerger u ocurrir, y aun ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo".*[93]

Entre tales derechos, Alonso Olea menciona, con referencia, desde luego, a los derechos enumerados en la Constitución española, los siguientes: libertad ideológica, derecho a la intimidad personal, derechos de reunión y manifestación pacífica, derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, este enunciado no tiene carácter exhaustivo o cerrado, ya que el mismo autor señala que *"esta versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales y libertades públicas, muestra la existencia de un "Derecho constitucional del Trabajo".* [94]

Qué duda cabe respecto a que si bien existen en la Constitución derechos típicamente laborales, que se anteponen al contrato de trabajo y configuran las bases mismas de toda relación laboral, los demás derechos fundamentales que el trabajador posee como persona y ciudadano, forman igualmente parte de su situación jurídica o "status" en la empresa, en la medida que aquella relación no puede privar al trabajador de su condición de persona y ciudadano ni, por cierto, impedirle el ejercicio de los derechos que le corresponden como tal. Además, como lo ha puesto de relieve, Alonso Olea, el ejercicio de muchos, si no todos, estos derechos suele aparecer como premisa

92 La Constitución peruana de 1993, con evidente incorrección, sólo denomina como Derechos Fundamentales a los derechos de la persona (Título I, Capítulo I), englobando a los derechos de origen laboral en el rubro de "Derechos Sociales y Económicos"(Título I, Capítulo II). No obstante, el campo de protección reservado a las a la Acción de Amparo, comprende a los "derechos reconocidos por la Constitución" (Constitución, artículo 202.2).

93 ALONSO OLEA, Manuel, "Las fuentes del Derecho en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución", Editorial Civitas, Madrid, 1990, p.28.

94 Ibídem, pp. 29. El mismo autor señala, consolidando este criterio, que "El Derecho del Trabajo no es tanto o no es sólo una disciplina jurídica que acote para sí una zona determinada del ordenamiento jurídico; es además una forma de contemplar el ordenamiento todo, en toda su complejidad y en todas sus vertientes, desde el trabajo humano como observatorio privilegiado."

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

o manifestación de los derechos laborales como sucede con las libertades de prensa y reunión, esenciales para el desarrollo de un sindicalismo libre y de la negociación colectiva, o el respeto de las creencias del trabajador como garantía de la libertad y el derecho al trabajo.

2.2. Eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales vinculados al trabajo, sean estos específicamente laborales o inespecíficos[95], vienen a regular desde afuera, -es decir, desde el ordenamiento jurídico- y desde antes, - es decir, en forma previa a la celebración del contrato-, al contrato de trabajo sentando, por así decirlo, las bases o fundamentos de éste, que, naturalmente, las partes no pueden modificar ni, menos aún, desconocer, sea en su fase constitutiva, en su fase de desarrollo y en su momento extintivo. Como lo señala la doctrina, el contrato de trabajo es un contrato normado en cuanto una vez celebrado se le aplica, de forma inmediata y necesaria, un conjunto normativo establecido fuera del ámbito de la voluntad de las partes.[96] Este conjunto normativo es, desde luego, el conformado por las normas estatales específicamente laborales así como por las provenientes de la negociación colectiva, pero incluye las normas constitucionales relativas al trabajo que si bien, por lo general, actúan a través de la mediación de las normas de derecho necesario absoluto, no por ello dejan de tener virtualidad propia en el seno de la relación laboral, enmarcando y limitando el juego de la autonomía privada de las partes, especialmente en la determinación de su contenido. Este marco normativo comprende, igualmente, como se ha dicho, el conjunto de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, en cuanto el contrato de trabajo no podrá contener estipulación o condición alguna que los limite o impida su ejercicio.

De este modo, el contrato de trabajo y la relación que de él nace, no tiene por efecto feudalizar un sector de la realidad, excluyéndolo del ámbito de aplicación de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales sino que, por el contrario, sólo adquieren validez y pueden desenvolverse dentro del marco que tales normas establecen.

95 Con esta expresión se refiere Manuel Carlos Palomeque a los "...derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que son ejercitados en el seno de una relación jurídica ahora por ciudadanos que a propio tiempo, son trabajadores y, por tanto se convierten en verdaderos derechos ahora es por razón de os sujetos y de a naturaleza de a relación jurídica en que se hacen valer". (cit por Carro Cabe, Martín La flexibilización del contenido laboral de la Constitución. En: Balance de la reforma laboral peruana, AAVV, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001).

96 Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, Rodriguez-Sañudo Gutierrez, Fermín y García Murcia, Joaquín, Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1991, pp-370-371.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Afirmar la eficacia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo significa limitar el campo de la autonomía privada no sólo en el momento constitutivo y regulador de aquella, sino durante su vigencia y desenvolvimiento, de modo tal que, como se ha dicho autorizadamente, *"los derechos fundamentales se erigen en límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección"*.[97] Porque, en efecto, sin la existencia de tales límites, el poder de dirección del empleador que, en principio, es legítimo por estar basado en la libertad de empresa que nuestra Constitución reconoce en su artículo 59, podría desbordarse y afectar aquellos derechos. En estos poderes, conferidos al empleador para organizar la producción y dirigir la fuerza de trabajo con criterios de eficiencia y productividad, no sólo en beneficio propio sino de la sociedad en su conjunto, radica, sin duda, el mayor peligro para los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo.

Ello es consecuencia del carácter subordinado de la prestación laboral, que distingue al contrato de trabajo de otras prestaciones de servicios, en virtud del cual el trabajador se subordina jurídicamente al empleador, es decir pone su fuerza de trabajo a disposición de éste, que puede usarla en la forma que mejor le convenga. De allí que pueda afirmarse que *"los poderes del empresario- la empresa en cuanto poder privado- constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador"*[98]; afirmación ésta que se sustenta en el hecho de que *"En la medida (...) en que este poder, de contornos difusos y dotado de una acentuada legitimidad, tiene a su disposición de manera permanente el argumento organizativo, puede instalarse un ambiente claramente adverso a aquellos derechos"*.[99]

Frente a la lesividad potencial de los poderes del empleador respecto a los derechos fundamentales del trabajador, sólo queda afirmar la plena vigencia de estos al interior de la relación de trabajo y poner a disposición de este los mecanismos procesales establecidos por el ordenamiento para la tutela efectiva de los mismos.

En este orden de ideas, el artículo 23 de nuestra Constitución establece con rotundidad el principio de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral al señalar que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejer-*

97 VALDÉS DAL-RE, Fernando, Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador, en: Autoridad y Democracia en la empresa, AAVV, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p.32.

98 Ibídem, pp.27.

99 **VALDÉS DAL RÉ**, Fernando, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, en: Libro de Informes Generales", XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, pp.89.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". La cláusula es suficientemente amplia por referirse a los derechos constitucionales en general y, además, es precisa, al proscribir, sin excepciones, toda limitación a su ejercicio establecida como contenido de una relación laboral o surgida en el seno de ésta.

En similar dirección, el Tribunal Constitucional ha afirmado la eficacia expansiva de los derechos fundamentales al sostener la inexistencia de "zonas de indefensión" de éstos dentro del ordenamiento jurídico nacional. [100]

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESPIDO

Si bien en el desenvolvimiento de la relación laboral pueden producirse diversas y hasta numerosas manifestaciones de una conducta empresarial lesiva a los derechos fundamentales del trabajador, es en la extinción de aquélla cuando dichas conductas pueden resultar más relevantes, en la medida que se recurra a esta decisión lesiva para sancionar o reprimir el ejercicio de tales derechos o que los mismos resulten lesionados por los procedimientos empleados para su realización.

Para el trabajador, desde luego, siendo grave toda afectación a sus derechos durante la vida de la relación laboral, aquélla reviste mayor trascendencia cuando debido al ejercicio de estos pierde su trabajo, razón por la cual la vinculación entre el despido y los derechos fundamentales resulta uno de los temas de mayor importancia, en orden a la efectiva protección de estos en el marco de la relación laboral.

La posible lesión a los derechos fundamentales por la vía del despido, puede darse, como lo señala Pedrajas [101] mediante la presencia, patente o encubierta, de un móvil reñido con esos derechos o a través de la preparación o realización del despido de forma tal que éstos resulten lesionados.

1. El despido lesivo de derechos fundamentales por el motivo

En este caso, el despido se constituye en el vehículo o instrumento por el cual el empleador pretende impedir que el trabajador ejerza o disfrute sus derechos fundamentales o le sanciona o reprime por ejercerlos. El motivo real que lleva al empleador a despedir al trabajador, más allá de los motivos aparentes que

100 Sentencia del 7 de Noviembre de 2002, Expediente N° 2409-2002-AA/TC, Lima, Dlocoro Antonio Gonzá ez Ríos. En la misma sentencia, el TC sostiene que no puede alegarse "ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos".

101 PEDRAJAS MORENO, Abdón, Despido y Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 1992 p.p. 142.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pudiera invocar, reside en su oposición o rechazo al ejercicio que el trabajador hace de sus derechos. Es el caso, por ejemplo, del empleador que imputa la falta grave de injuria al dirigente sindical que critica los incumplimientos laborales de aquel o el de quien atribuye el incumplimiento inexistente de sus obligaciones a una trabajadora al enterarse de que está embarazada.

En la generalidad de los casos, el empleador atribuye al trabajador haber incurrido en una causa justa o falta grave, tipificadas en la ley, como justificación del despido; pero, en realidad, tales causas son aparentes, no existen realmente y sólo se invocan para encubrir un motivo real, cuya ilicitud desaconseja al empleador invocarlo para evitar que una decisión judicial lo prive de toda eficacia.

La presencia de un motivo real ilícito en el hecho del despido conducirá, a la postre, a su invalidación en sede judicial, pues el contenido de tal acto está viciado ab origine por su incompatibilidad con la norma constitucional. [102]

2. El despido lesivo de derechos fundamentales por la forma

La vulneración de un derecho fundamental por la existencia de una motivación ilícita en el despido, no agota, sin embargo, las hipótesis en que este puede devenir lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. También en la realización del despido, en su preparación y formalización, puede producirse la lesión de aquéllos, aun cuando la decisión extintiva del empleador no esté fundada en un motivo ilícito. Debe tenerse presente, al respecto, que la facultad concedida al empleador para extinguir unilateralmente la relación laboral, cuando medie causa justa para ello, no se configura como un poder discrecional sino como el ejercicio de una función que el ordenamiento considera necesaria en el marco de una adecuada organización de la producción y como expresión de la facultad general de resolver el contrato que se reconoce a una de las partes cuando la otra incumple injustificadamente sus obligaciones en los contratos de prestaciones recíprocas. Tal facultad debe ejercerse, por consiguiente, en los estrictos límites que le impone su propia finalidad y, además, en el caso de la mayor parte de los ordenamientos laborales, respetando estrictamente los cauces procedimentales establecidos para el despido, los cuales han sido, usualmente, configurados, para garantizar el derecho de defensa del trabajador.

Desde esta perspectiva, resulta perfectamente posible que la actuación del empleador en orden a la investigación de la conducta del trabajador, que justifique

102 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, El despido en el Derecho Laboral peruano, Ara Editores, Lima, p.p. 287-290.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

su despido, así como la forma de éste o el incumplimiento de los procedimientos propios del despido, pueda conllevar el agravio a los derechos fundamentales del trabajador.

Señala Pedrajas Moreno[103], que la lesividad de aquellos derechos en la realización del despido puede ocurrir en los siguientes aspectos: a) Cuando la averiguación de los hechos imputables al trabajador se haga de forma tal que afecte su derecho al honor, dignidad personal e intimidad. Menciona, como prototípica, una sentencia del TC español que declaró radicalmente nulo el despido que se basó en la grabación telefónica de una conversación del trabajador; b) Cuando se efectúan labores de control o vigilancia sobre la actuación de los dirigentes sindicales, que afecten la libertad sindical; c) Cuando la comunicación del despido contiene expresiones lesivas a la dignidad o el honor del trabajador o se utiliza con fines ajenos a los legalmente previstos, como en caso de difundirse o publicarse; y, d) Cuando las actuaciones del empleador previas al despido lesionan derechos fundamentales, especialmente el relativo a la presunción de inocencia.

III. LA PROTECCION JURISDICCIONAL DEL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En el estado actual de la legislación y la jurisprudencia peruanas, la protección jurisdiccional frente al despido lesivo de derechos fundamentales, se ha canalizado a través de dos cauces procesales diferenciados: 1) la acción de nulidad del despido en la jurisdicción laboral ordinaria, y 2) la acción de amparo en la jurisdicción constitucional.

1. Jurisdicción ordinaria: la nulidad del despido

La legislación laboral, que se caracteriza por un modelo de estabilidad laboral relativa, que sanciona con el pago de una indemnización el despido arbitrario, descartando la reposición del trabajador como medida reparadora, admite, no obstante, la aplicación de ésta únicamente cuando el despido es calificado como nulo, configurando un modelo dual, aunque desigual, de protección contra el despido.[104]

La acción de nulidad del despido se interpone y tramita ante los juzgados especializados de trabajo y excluye la acción indemnizatoria que, alternativamente,

103 PEDRAJAS MORENO, Abdón, op.cit, p-p.147-157.
104 BLANCAS BUSTAMANTE, El despido...., Op.cit., pp.280.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

puede plantear el trabajador en caso de despido[105]. Para que dicha acción proceda, con la consiguiente declaración de nulidad del despido y la reposición del trabajador, éste debe alegar y demostrar, que el motivo al que realmente obedece el despido es uno de aquellos taxativamente señalados en la ley.[106] La enumeración que hace la ley, se refiere al despido motivado por la afiliación o la actividad sindical del trabajador, la elección y el ejercicio de funciones de representación sindical, la discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, el embarazo de la trabajadora, formular reclamos o quejas contra el empleador y por ser portador del VIH/SIDA[107].

Como lo he señalado en ocasión anterior, estos motivos *"entrañan conductas del empleador lesivas a determinados derechos constitucionales del trabajador, tales como la libertad sindical, el derecho a no ser discriminado y el derecho a la tutela jurisdiccional. En este sentido, el fundamento último de la nulidad del despido, radica en la lesión a los derechos constitucionales del trabajador que se materializa por la vía del despido..."*[108]

De esta manera, la figura del despido nulo corresponde a la del despido lesivo de derechos fundamentales, pues de la enumeración de motivos ilícitos que formula la ley se deduce, sin dificultad, que la calificación de "nulo" la reserva a aquellos despidos que lesionan los derechos fundamentales cuya protección se encuentra implícita detrás de cada uno de esos motivos proscritos. No obstante, hay que anotar que aquella figura, con ser importante, no constituye el cauce procesal único para la tutela del conjunto de derechos fundamentales del trabajador, pues *"el efecto concreto de la enumeración legal consiste en reservar la declaración de nulidad únicamente a la lesión de los derechos fundamentales comprendidos en ella, excluyendo, por tanto, que ésta pueda extenderse, en forma general, a toda violación de los derechos fundamentales que opere efectivamente como motivo real del despido"*[109].

Así pues, la enumeración taxativa de la ley laboral tiene el efecto inmediato de reducir el ámbito de protección procesal de los derechos fundamentales del tra-

105 El carácter excluyente de ambas acciones fue, en realidad, establecido por el artículo 52 del Reglamento del TUO-LPCL, llegando a impedir que el pago de la indemnización fuera propuesta como una pretensión subordinada con arreglo al artículo 87 del Código Procesal Civil. Recientemente, jurisprudencia ha interpretado tácitamente este precepto reglamentario, al reconocer la procedencia de demandar el pago de la indemnización por despido arbitrario como pretensión subordinada de la acción de nulidad. (Sentencia del 6 de Mayo de 2003, Expediente Nº 4124-2002-ND (A), expedida por una Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, integrado por los Vocales Torres Vega, Toledo Toribio y Nué Bobbio).

106 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 29

107 Conforme al artículo 6 de la Ley, Nº 26626

108 BLANCAS BUSTAMANTE, El despido, op.cit., pp.315.

109 Loc.cit.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

bajador, reducción esta que opera en el campo de la actuación horizontal de estos derechos, al excluir de aquella numerosos e importantes derechos, cuanto en el campo de actuación vertical de los mismos, al excluir, en el caso de los que figuran en dicha enunciación, ciertos aspectos propios del contenido esencial de los derechos supuestamente protegidos[110].

La conclusión es que el "despido nulo" regulado en la ley laboral peruana, no permite la protección integral de los derechos fundamentales del trabajador, pues una parte, cuantitativamente numerosa y cualitativamente significativa, de estos, se encuentran excluidos del ámbito procesal de protección de aquella figura.

De allí, que se haya planteado que la vía procesal idónea para la defensa de esos derechos fundamentales excluidos del "despido nulo" sea la acción de amparo, regulada en el artículo 200.1 de la Constitución[111].

2. Jurisdicción constitucional: la acción de amparo

2.1. La jurisdicción constitucional de la libertad

En el ordenamiento constitucional peruano, la jurisdicción constitucional, comprende dos tipos de procesos constitucionales: los relativos a la protección de los derechos fundamentales, consagrados en el texto constitucional, dentro de lo que se conoce como "jurisdicción constitucional de la libertad"[112], y los que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las normas así como los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales, correspondientes a la "jurisdicción constitucional orgánica"[113].

La jurisdicción constitucional de la libertad está estructurada sobre la base de cuatro acciones o procesos constitucionales: el habeas corpus, la acción de amparo, la acción de cumplimiento y el habeas data, enumerados en el artículo 200 de la Constitución[114]. A su vez, en cada uno de estos procesos, los jueces, en caso de existir conflicto entre la norma legal aplicable al caso y la Cons-

110 ARCE ORTIZ, Elmer, La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 212.
111 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, El despido..., op.cit, p.p. 321-324.
112 Vid., SAGÜÉS, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional-Recurso Extraordinario, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p.p. 13-14.
113 Loc.cit.
114 En la misma enumeración la Constitución incluye las acciones de control de la constitucionalidad: la Acción de Inconstitucionalidad y la Acción Popular, cuya naturaleza y función es, no obstante, diferente a las acciones de garantía.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

titución deben ejercer el control difuso de constitucionalidad, pudiendo inaplicar la primera de aquellas normas, conforme a lo que dispone el artículo 138 de la Constitución.

En el caso específico de la acción de amparo, en cuanto a su ámbito objetivo o material, este proceso esta habilitado para la tutela de todos los derechos constitucionales que no se encuentran expresamente comprendidos en el ámbito de protección del habeas corpus. Y, en cuanto se refiere a su ámbito subjetivo, el amparo, igual que el Habeas Corpus y el Habeas Data, procede contra toda lesión a los derechos fundamentales, cuyo autor sea autoridad, funcionario o cualquier persona[115], lo que, desde luego, posibilita su eficacia contra actos de particulares y legitima su actuación respecto de aquellos actos lesivos que tengan lugar en el ámbito de las relaciones laborales.

En este sentido, en el caso de lesión a los derechos fundamentales ocasionada por el despido, el amparo constitucional vendría a ser el cauce procesal específico para su tutela, especialmente en el caso de aquellos cuya protección no pueda obtenerse mediante la acción de nulidad de despido, por no encontrarse comprendidos en la enumeración cerrada que formula la ley laboral, más aún la existencia de esta última vía no excluye, en modo alguno, la opción por el amparo, en razón de la doctrina de las vías alternativas consagrada en la ley peruana, que se analiza a continuación.

2.2. La acción de amparo y las vías paralelas

Una posible, y frecuente, objeción al uso de la acción de amparo para impugnar un despido lesivo de derechos fundamentales, proviene del argumento según el cual la acción de amparo sólo procede cuando no existen vías ordinarias idóneas para la protección del derecho afectado, porque se trata de una acción que tiene un carácter residual, excepcional o heroico. Esta observación se funda en las características del amparo argentino que excluye su uso cuando existe una vía paralela idónea[116]. Al respecto, conviene precisar lo siguiente:

a) Que, la doctrina de las vías paralelas supone la existencia de una vía ordinaria idónea para la protección del derecho lesionado, esto es no menos

115 Conforme al ámbito que le establece, de modo expreso, el numeral 2. del artículo 200º de la Constitución, que, a su vez, reproduce lo que estableció el artículo 295 de la Constitución de 1979.

116 Indica Lazzarini que "El amparo es un remedio excepcional y, por ello, requiere, para su viabilidad, el agotamiento de toda otra posibilidad de reparación por vía administrativa o judicial. Existiendo vías hábiles para la restauración de los derechos violados, el amparo no es posible" (Lazzarini, José Luis, El Juicio de Amparo, La Ley S.A., Buenos Aires, 1987, pp. 93).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

efectiva y protectora que el proceso de amparo[117]. En el caso peruano dicho paralelismo procesal no existe porque, como se ha indicado antes, la gran mayoría de los derechos fundamentales no se encuentran protegidos por los procesos de impugnación del despido en la vía laboral ordinaria, teniendo en cuenta el carácter mutilado del despido nulo, que restringe su ámbito de tutela a unos pocos de aquellos, dejando en la indefensión a los demás. Es obvio, que la otra vía de impugnación del despido, es decir, la acción indemnizatoria no puede calificarse, en modo alguno, como idónea para la tutela de los derechos fundamentales, pues la naturaleza meramente resarcitoria de la medida reparadora del despido no es compatible, ni equivalente, con la naturaleza restitutoria que es inherente a los procesos constitucionales de protección de los derechos humanos[118].

b) Porque, el ordenamiento constitucional peruano no excluye acudir a los procesos constitucionales por el hecho de existir una vía paralela ordinaria, como se deduce de la formulación de aquellos establecida en el artículo 200 de la Constitución - que no contiene, a diferencia de la Constitución argentina[119], la exigencia de que no exista la vía paralela- y se expresa, de forma rotunda, en el artículo 6 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley Nº 23506, cuyo numeral 6 considera improcedente la acción de garantía únicamente cuando el afectado haya optado, previamente, por acudir a la vía judicial ordinaria para defender su derecho. De esta manera, la ley peruana descarta la doctrina de las "vías paralelas" y adopta la de las "vías alternativas", en virtud de la cual ante la violación de un derecho fundamental el agraviado puede optar entre acudir a la vía judicial ordinaria o a la vía constitucional, quedando deslegitimado para acudir a esta última solamente cuando, en forma previa, eligió la vía ordinaria.

Esta cuestión, ha sido resuelta por el propio Tribunal Constitucional que ha señalado que *"...no puede entenderse en modo alguno que este proceso constitucional se configure como un proceso subsidiario, al que corresponda dilucidar una controversia en torno a un derecho constitucional después de haberse agotado*

117 Afirma a respecto Lazzarini que "...la existencia de procedimientos previos o de vías paralelas no serán obstáculo al amparo, si el tránsito por ellos trajera aparejado un daño grave e irreparable y siempre que aparezca de modo claro y manifiesto laegitimidad de una restricción cualquiera a los derechos constitucionalizados..." (Lazzarini, José Luis, op.cit.,p.p.95-96).

118 Vid, FIZ ZAMUDIO, Héctor, "La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales", Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1982, p.49.

119 El artículo 43 de esta Constitución dice: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidas por esta Constitución un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

su conocimiento en un proceso ordinario seguido ante el Poder Judicial; sino, como se desprende del inciso 3) del Artículo 6 de la Ley Nº 23506, como un proceso al que en forma alternativa pueda acudir quien considere que sus derechos constitucionales se encuentran amenazados de violarse o se hayan violado por acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona"[120].

En otra ocasión, reafirmando este criterio, el TC ha dicho que *"contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos como el argentino o el español, en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, "alternativo", es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa, y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución"*[121].

2.3. El amparo como protección procesal frente al despido lesivo de derechos fundamentales.

Con el propósito de explicar la función del amparo como mecanismo de tutela del despido, la reciente jurisprudencia del TC realiza una distinción entre dos regímenes de protección adecuada contra el "despido arbitrario": uno "sustantivo" y otro "procesal"[122]. El primero tiene fundamento en el artículo 27 de la Constitución que establece el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos que otorgue la ley. En este caso, *"el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27º de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador"*. En la misma sentencia, el TC concluye que *"el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales"*, cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de *"tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador"*, *quien, de este modo "decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización"*. A partir de esta premisa la sentencia TC del 13.03.03.

120 Sentencia TC del 10.12.97 (Expediente Nº 394-97-AA/TC). Vid, en el mismo sentido, Sentencia TC del 10.12.97 (Exp. Nº 538-97-AA/TC); Sentencia TC del 08-07.98 (Expediente Nº 757-97-AA/TC); Sentencia TC del 06.11.98 (Exp. Nº 795-98-AA/TC, La Libertad); Sentencia TC del 18.11.99 (Exp. Nº 045-22-AA/TC), y Sentencia TC del 21.12.2000 (Exp. Nº 875-2000-AA/TC, Lima). En esta última el TC reitera que "el amparo en nuestro ordenamiento jurídico no tiene la condición de proceso residual, excepcional o extraordinario, y, que, por tanto, imponga como condición de la acción que antes de acudirse a esta vía, el afectado en sus derechos constitucionales tenga que agotar las vías judiciales ordinarias que puedan existir. Por el contrario, (...) el amparo no es sino un proceso alternativo cuya elección por tal vía no tiene otros límites que los que se derivan de la propia estructura de proceso (...) y siempre que en él se pretenda la tutela de derechos subjetivos reconocidos en el Texto Constitucional"

121 Sentencia del 13 de Marzo de 2003 (Exp. Nº 976-2001-AA/TC, Huánuco).

122 Loc.cit.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

concluye que el artículo 34 del D. Leg. 728 *"ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional".*

El otro régimen de protección, de carácter "procesal" es aquel que "en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional".

La distinción no es teóricamente convincente pues, en primer lugar, toda protección contra el despido, al margen de cual sea la naturaleza del agravio a los derechos del trabajador, tiene lugar a través de un cauce procesal específico, sea éste el ordinario o el constitucional, sin que, por ello, pueda calificarse al primero como "sustantivo" y al segundo como meramente "procesal". En la medida que nuestro ordenamiento laboral, faculta al empleador para proceder al despido directo e inmediato del trabajador, la impugnación de dicho acto tiene carácter revisor y reparador del mismo, por lo que el proceso judicial constituye el cauce obligado para dicha revisión y, eventualmente, la reparación del despido[123].

En segundo lugar, porque la posibilidad de acudir al amparo como cauce procesal para la impugnación de un despido, no depende, como lo expresa la sentencia, simplemente de la voluntad del trabajador de elegir entre la tutela resarcitoria o la restitutoria, sino de la naturaleza del agravio infligido a los derechos del trabajador. En el primer supuesto (régimen sustantivo) se agravia al derecho del trabajador a la protección frente al despido arbitrario, entendiendo por este a todo aquel que no se funde en una causa justa de despido; es decir, que la Constitución proscribe el despido arbitrario, pero habilita al legislador para establecer la "protección adecuada", o medida reparadora, en caso de producirse, razón por la que, como lo indica la sentencia, si la ley opta por un sistema de protección basado en la tutela resarcitoria, ésta no podrá calificarse como inconstitucional. Este supuesto obedece, en rigor, a la problemática de la "estabilidad laboral", cuyo tratamiento legal, a su vez, depende de su consagración, o no, como derecho constitucional, materia en la que, como se sabe, existe una diferencia notoria entre la Constitución de 1979, que consagró tal derecho, y la de 1993, que únicamente reconoce la "adecuada protección contra el despido arbitrario". Por consiguiente, lo que el TC denomina "régimen de protección sustantivo" se refiere, específicamente, a los mecanismos procesales habilitados para la protección contra el despido arbitrario, en los términos que se derivan del artículo 27 constitucional y del artículo 34 del TUO del D. Leg. 728, los cuales privilegian la tutela resarcitoria del despido, con la única excepción del "despido nulo".

123 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, El despido en ..., op.cit, p.p. 250-255.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En cambio, en el segundo supuesto, para acudir al amparo será indispensable alegar y probar que el despido implica la violación de un derecho fundamental. En otras palabras, sólo está legitimado para interponer una acción de amparo aquel trabajador que sostenga que dicho acto lesiona sus derechos constitucionales, conforme al requisito general de procedibilidad de las acciones de garantía, previsto en el artículo 2 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, que limita su procedencia a los supuestos de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razón por la cual la sola voluntad del trabajador de optar por la tutela restitutoria, a través del amparo, resulta insuficiente si tal vulneración no se ha producido realmente. No obstante, y pesar de su equívoco terminológico, el TC ha precisado bien la función del amparo respecto al despido al expresar que: "...en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales"[124].

No se trata, pues, de una protección "procesal", en el sentido que la virtualidad de esta vía resida exclusivamente en la naturaleza restitutoria de su tutela, con independencia de los derechos para cuya protección ha sido concebida, sino de una vía procesal, basada en una sustantividad diferente, constituida por los derechos fundamentales, erigidos en factor deslegitimador de todo despido que los vulnera en cualquier forma. Por ello, por la vía del amparo no se plantea la cuestión de la "arbitrariedad" del despido, ante la ausencia de una causa legal que lo justifique, sino la de su "inconstitucionalidad" por la presencia en éste, y como elemento determinante, de un móvil lesivo a los derechos fundamentales. Así, pues, en conclusión, el TC, aunque aludiendo, impropiamente, a un sistema de "protección procesal", ha establecido, sin embargo, correctamente, la procedencia de la vía del amparo para la defensa del conjunto de los derechos fundamentales del trabajador frente a la lesión de aquellos por el despido.

De este razonamiento, se desprende, sin mayor dificultad, que, las sentencias del TC que, en vía de amparo constitucional, ordenan la reposición de trabajadores despedidos con violación de sus derechos fundamentales, no significan, como impropiamente han sostenido algunos, un retorno, por vía jurisprudencial, de la estabilidad laboral, pues tales decisiones se han adoptado como resultado de aplicar a dichos despidos el test de constitucionalidad, del cual no puede

124 Sentencia del 13 de Marzo de 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ser excluido, a priori, ningún acto que afecte derechos de otras personas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal al indicar que "...el Juez Constitucional, en procesos como el presente, no puede conocer un proceso de calificación de despido arbitrario en los términos prescritos en la denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) sino solamente aquellos en los cuales el alegado despido, resulte eventualmente o no lesivo a derechos fundamentales de la persona humana"[125].

Quizás, por ello, resulte necesario distinguir, en el plano terminológico, entre el despido "arbitrario" y el despido "lesivo de derechos fundamentales" como dos categorías diferentes, en lugar de pretender que la "protección contra el despido arbitrario" tiene lugar mediante dos regímenes, calificado el primero como "sustantivo", que se ajusta al desarrollo legal del artículo 27 de la Constitución y que prevé la indemnización como reparación del despido, y el segundo como "procesal", que se sustancia mediante las acciones de garantía, específicamente el amparo, y que posee eficacia restitutoria respecto al despido. Conceptualmente la distinción consta en la jurisprudencia del TC cuando esta señala que "...en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presentes en dicho despido"[126], o, asimismo, que "...la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51° de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra"[127].

Por ello, parece conveniente, y, sobre todo, coherente con el desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia del TC, no seguir insistiendo en el uso de la expresión despido "arbitrario" para referirse a dos supuestos claramente diferentes, pues si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, sólo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de "despido lesivo de derechos fundamentales" a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador.

125 Sentencia del 10 de Agosto de 1999, Expediente Nº 150-99-AA/TC, Lima, Francisco Jorge Urbano Amayo con Fondo de Empleados del Banco de la Nación.
126 Sentencia del 13 de Marzo de 2003, Exp. Nº 976-2001-AA/TC.
127 Loc.cit

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La "adecuada protección procesal" contra el despido arbitrario:

Comentarios a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano

Luis Vinatea Recoba

Profesor de Derecho del Trabajo y Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad de Piura. Socio de Miranda & Amado Abogados.

Es indudable que entre las sentencias más discutidas de los últimos tiempos están las emitidas por el Tribunal Constitucional (TC) a propósito del despido incausado[128]. El grupo de sentencias que originaron esta discusión y que tuvieron su punto de partida en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú, seguido en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC (Caso SutTdp), han encontrado su última expresión en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco (Caso Llanos) contra Telefónica del Perú. Dicha sentencia, además de refundir y sistematizar los pronunciamientos del TC en esta materia, centra su atención en el tratamiento de la "adecuada protección procesal", como manifestación del artículo 27° de la Constitución Política del Estado; novedoso enfoque que el TC introdujo en el análisis del problema del despido incausado y con el que parece intentar cubrir

128 Las últimas de ellas son las siguientes: Sentencia recaída en el Expediente No. 1112-98-AA/TC (Caso Cossio); Sentencia recaída en el Expediente No. 0532-2001-AA/TC (Caso Ramírez Zamora); Sentencia recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú); Sentencia recaída en el Expediente No. 1001-2001-AA/TC y Sentencia recaída en el Expediente No. 976-2001-AA/TC (caso Llanos).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

los vacíos que, en nuestra opinión, dejó en la línea argumentativa de la polémica sentencia recaída en el caso SutTdp.

El TC ha centrado su atención en la "adecuada protección procesal" y dentro de ella, en la "adecuada protección procesal restitutoria", la que actúa como complemento de la "resarcitoria"[129] y éstas, a su vez, de la "adecuada protección sustantiva" a la que alude el TC en la misma sentencia[130].

La adecuada protección procesal restitutoria para el TC, se manifiesta a través de la acción de amparo, cuyo objeto es "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional"[131]. En este sentido, para el TC, la acción de amparo, es una de las formas mediante las cuales la Ley provee adecuada protección contra el despido arbitrario[132] porque "...en el ámbito del amparo (...) ese estado anterior al cual deben reponerse las cosas no es el pago de una indemnización, es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente"[133].

De esta forma, el TC habría cerrado la discusión en torno de los alcances del artículo 27° de la Constitución, acudiendo al sistema de protección de derechos constitucionales, estableciendo que el artículo 27° contendría una de las garantías previstas en el artículo 200, haciendo que ambas disposiciones, de cara al despido, prácticamente se alineen o, más precisamente, sean lo mismo.

La posición del TC, si bien sugerida en el Caso SutTdp, implica un importante cambio de perspectiva en el enfoque del problema y nos anima a realizar los siguientes comentarios, con el propósito de abrir el debate en torno de uno de los más interesantes razonamientos contenidos en la sentencia del Caso Llanos.

129 Para el TC, en la comentada sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, Caso Llanos, la indemnización a la que accede un trabajador al plantear contra su empleador una demanda de indemnización por despido arbitrario y declararse fundada su demanda, es una forma de "protección resarcitoria" derivada del artículo 27 de la Constitución. La validez de esta forma de protección se funda en el hecho de proceder por libre voluntad del trabajador quien puede elegir esta forma de protección, en defecto de otro "régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes".

130 El TC, en su sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, caso Llanos sostiene que "Ante la diversidad de formas cómo el legislador puede desarrollar el contenido del derecho en referencia (el de la adecuada protección contra el despido arbitrario), para lo que goza de un amplio margen de discresionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado a través de un régimen "sustantivo" y, por otro, con un régimen de carácter "procesal".

131 Artículo 1° de la Ley 23506. Ley de Amparo y Hábeas Corpus.

132 Así, el TC ha "considerado que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27° de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud (sic)"

133 Sentencia del TC de fecha 13 de marzo de 2003, Caso Llanos, fundamento número 14

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

1. LA POSICIÓN INICIAL DEL TC RESPECTO DE LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 27° DE LA CONSTITUCIÓN

El Caso SutTdp, fuera de las apreciaciones que realiza respecto de problemas como las afectaciones a la libertad sindical y la eficacia horizontal de los derechos constitucionales, entre otros, centra su atención en el derecho al trabajo y sus posibles afectaciones. Acerca de ello, el TC ha dejado establecido que en su segundo aspecto[134], el derecho al trabajo debe ser entendido como la "proscripción de ser despedido salvo por justa causa" [135].

En paralelo, el TC no ha podido dejar de considerar los efectos que sobre dicho derecho tiene el artículo 27° de la Constitución. Y sobre ello, ha dicho que "debe considerarse que el artículo 27 contiene un "mandato al legislador"[136] para establecer protección "frente al despido arbitrario"[137]. Si bien dicho mandato no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, ésta "debe ser adecuada"[138], y para que ello sea así, tal protección o más bien el instrumento que la fije "no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador"[139]. De esta manera, agrega el TC, "cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección contra el despido arbitrario, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional"[140]. Lo que interesará, por tanto, será "determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo"[141].

Sobre esto último, al analizar el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), el TC concluye que dicho artículo "es incompatible con la Cons-

134 El TC ha dejado establecido que la libertad de trabajo, en su primer aspecto, "supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado",
135 Sentencia de TC de fecha 11 de julio del 2002, Caso SutTdp, fundamento 12.
136 Ibid, loc, cit.
137 Ibid, loc, cit.
138 Ibid, loc, cit.
139 Ibid, loc, cit.
140 Ibid, loc, cit.
141 Ibid, loc, cit.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

titución" cuando establece que "frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación". No prev(iendo) la posibilidad de reincorporación"[142] (el paréntesis es nuestro).

La calificación de inconstitucionalidad del TC es hecha en consideración al carácter de "única reparación" de la indemnización frente al despido arbitrario y en oposición a la negación de la posibilidad de reincorporación. Sobre ello, el TC ha dicho que "...el artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por justa causa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional[143]". Y a partir de ello, el TC ha concluido que "la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional"[144].

El problema suscitado con la confrontación del razonamiento anterior y el derivado del apartado d) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es solucionado por el TC cuando argumenta que "debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4 del propio protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales.[145]"

Los razonamientos glosados dejan entrever que la posición del TC se centró en dos consideraciones esenciales: el carácter de "única reparación" de la indemnización frente al despido arbitrario –lo que a juicio del TC viola el contenido esencial del derecho al trabajo- y el carácter mínimo de las regulaciones contenidas en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

142 Ibid, loc, cit.
143 Ibid, loc, cit.
144 Ibid, loc, cit.
145 Neves Mujica considera que el rol de norma mínima no le es aplicable a la constitución, en esta materia, respecto de los tratados internacionales. Considera dicho autor que el papel que le corresponde a los tratados internacionales en esta manteria es el de "parámetro de interpretación" pues el de mínimo solo correspondería en el caso que la Constitución Peruana hubiera regulado el derecho de reposición de forma expresa, cosa que no ha hecho. Neves Mujica, Javier. Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica. En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 8. Número 49. Octubre de 2002, p. 47.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

2. NUESTRA POSICIÓN EN TORNO DE LO SEÑALADO POR EL TC RESPECTO DEL DERECHO AL TRABAJO Y SU PROTECCIÓN

El TC ha interpretado el artículo 22° de la Constitución en el sentido que el derecho al trabajo se traduce como el derecho a no ser despedido salvo que exista justa causa. Se trata de un precepto que apunta a fortalecer la idea de continuidad de la relación laboral pero que "se extiende no sólo al aspecto de duración del contrato, sino al momento mismo de extinción de la relación laboral: de poco servirá, en efecto, postular la rigidez para la celebración de los contratos temporales si el régimen jurídico que regula el despido se caracteriza por una amplia flexibilidad"[146]. Aparece, así, la figura del despido como "institución causal", lo que queda ratificado por la propia LPCL, cuyo artículo 22° establece que para el despido de un trabajador es necesaria la existencia de "causa justa señalada en la Ley y debidamente comprobada".

La falta de causalidad del despido, por explicación del artículo 34°, primer párrafo de la LPCL, es calificada como "arbitrariedad", de modo que un despido arbitrario es, en principio, un despido incausado[147] y como tal reclama la adecuada protección que postula el artículo 27° de la Constitución.

Surge de lo anterior lo que ya la doctrina ha adelantado en el sentido que "lo decisivo será conocer si la calificación del despido como despido sin causa, producirá o no efectos extintivos y, en caso afirmativo, en qué supuestos y bajo qué condiciones"[148]. Así, el reconocimiento del despido como institución causal, plantea la interrogante de qué se debe hacer cuándo un despido no se funda en causa justa.

Lo antes indicado nos lleva a preguntarnos, en primer lugar, si la incausalidad del despido tiene como única forma de expresión a los "despidos arbitrarios" a

146 SASTRE IBARRECHE, Rafael. El Derecho a Trabajo. Madrid. 1996. Trotta. p.231.

147 Si bien ambas expresiones pueden actuar como sinónimas, lo real es que no excluyen otras posibilidades. Son tan incausados los despidos arbitrarios como los nulos y los violatorios de derechos fundamentales. Lo que ocurre es que la LPCL se ocupa solo de dos tipos de despidos y la articulación de la Ley con el régimen general de garantías constitucionales nos ubica frente al tercer tipo, que es el despido violatorio de derechos fundamentales o "derechos de ciudadanía". Estos últimos, en verdad, son despidos incausados que concurren con otras causas y que son nulos no por ser arbitrarios sino por ser violatorios de dichos derechos. Las reglas procesales permiten concluir la certeza de lo antes dicho. En efecto, las reglas procesales generales y las contenidas en la LPCL, establecen que para el despido nulo, para el despido arbitrario y para el despido violatorio de derechos constitucionales existen cursos de acción procesales distintos, al punto que las pretensiones jurídicas correspondientes son distintas en el primer caso una indemnización, en el segundo la declaración de nulidad de un acto jurídico y, consecuentemente reposición y en el tercero el cese de la violación de un derecho constitucional. Tal hecho nos permite comprobar que los tipos de despido y sus consecuencias son diferentes. Tanto, que incluso algunos permiten el enderezamiento de pretensiones procesales de tipo subordinado, las que por definición son incompatibles entre sí.

148 SASTRE IBARRECHE, Rafael. Derecho a Trabajo. Madrid. 1996. Trotta Editores, p.250.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

los que refiere la LPCL. En segundo lugar, a preguntarnos cuál es la forma de reparación correspondiente.

La primera interrogante tiene respuesta negativa. De hecho, el propio TC ha dejado establecido que cabe la posibilidad de englobar en la categoría de despidos sin causa a todos los despidos que carecen de ésta; a los que tienen un motivo prohibido por la Ley y a todos aquellos que, en general, violan un derecho fundamental[149].

Los despidos que carecen de causa pueden ser de dos tipos: los que carecen de ella propiamente dichos y los que teniéndola son o no debidamente comprobados. A los primeros Neves los denomina "radicalmente arbitrarios"[150] y Arce "extremadamente abusivos"[151]. A los segundos, en caso de no probarse la causa, Arce los denomina simplemente "abusivos"[152] y Neves simplemente "arbitrarios" y no reclamarían, por ello, tutela restitutoria.

Los despidos que tienen un motivo prohibido o los que violan derechos fundamentales serán cuestionables desde el punto de vista constitucional no sólo por afectar el derecho al trabajo sino por afectar otros derechos fundamentales, es decir, se trata de despidos "pluriofensivos"[153]. En este sentido, en principio serán incausados, por no fundarse en una causa justa y además cuestionables, por afectar otros derechos fundamentales.

Cualquiera que sea la manera de denominarlos, lo concreto es que todos ellos comparten un denominador común: la falta de causalidad. Pero precisamente, será ello lo que permita graduarlos entre despidos arbitrarios (incluidos los que Neves denomina como radicalmente arbitrarios), nulos por violatorios de derechos fundamentales de carácter laboral y nulos por violar derechos de ciudadanía.

La segunda interrogante nos lleva a estimar que los despidos sin causa, en sus diversas modalidades, tienen previstos distintos mecanismos de protección y no uno solo como indica el TC: a los despidos calificados como arbitrarios (incluso los radicalmente arbitrarios), les corresponde una indemnización; a los despidos nulos la reposición y los despidos que violan cualquier derecho constitucional, incluidos los nulos, la reposición.

149 Vid. Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, Caso Llanos, fundamento 15.
150 NEVES MUJICA, Javier. Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica. En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 8. Número 49. Octubre de 2002, p. 46.
151 ARCE ORTIZ, Elmer. La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido. En: Asesoría Laboral, Mayo 2003. p. 10.
152 ARCE ORTIZ, Elmer. La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido. En: Asesoría Laboral, Mayo 2003. p. 10.
153 Neves, ibid.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Si todo ello es así, cabría preguntarse por qué los despidos arbitrarios tendrían como adecuada protección a la indemnización y los demás a la reposición, si todos tienen como denominador común el ser incausados. ¿Es la incausalidad la razón de la protección restitutoria? Si esto es así, ¿por qué no extenderla también a los despidos causados o no probados?

Arce plantea una interesante propuesta de solución al problema: señala que los despidos incausados son per se abusivos y hay unos que lo son más que otros[154]. Los hay incausados por no haberse expresado causa (extremadamente abusivos) y los hay incausados por no haberse probado la causa en el proceso (simplemente abusivos). El enfoque, interesante sin duda, y apoyado en el artículo 103° de la Constitución, el que así reclamaría una interpretación conjunta y sistemática del artículo 27° con el 103°, no permite despejar, no obstante, la duda de por qué recurrir al argumento del abuso si la Ley ha calificado que tan arbitrario es un despido como el otro, compartiendo ambos el denominador común de ser incausados[155].

Las graduaciones, a nuestro modo de ver, no están en los despidos arbitrarios –por qué distinguir entre unos y otros si la Ley no los distingue- sino entre éstos y los que Neves denomina "pluriofensivos", para los que el propio ordenamiento ha establecido un régimen sustantivo específico y uno procesal[156].

La primera cuestión que surge de lo anterior es que la apreciación que hace el TC respecto de la calidad de "única", atribuible a la indemnización por despido como medio de reparación del despido, es errada. En efecto, el propósito del adjetivo "única" no es el de dejar establecido que al despido sin causa le corresponde sólo una forma de reparación. En realidad, el despido arbitrario, como subcategoría del despido in-

154 ARCE ORTIZ, Elmer. Ibid.

155 La posición de Arce, a pesar de su seriedad, nos deja una duda: su construcción parte de la premisa que los despidos incausados son abusivos. Y ello nos parece discutible. En efecto, dicho autor sostiene que "el empleador tiene un derecho de despedir cuando alega causa justa debidamente comprobada, pero no está en su derecho despedir de manera arbitraria".. Al no tener el derecho a despedir, no se puede estar frente al abuso del derecho porque para abusar de un derecho es preciso tenerlo y en este caso, ni se tiene ni se detenta. Arce confirma esto citando a Rubio Correa: "...si el abuso en el ejercicio de un derecho ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agraviando principios del derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social, entonces el despido arbitrario implicará siempre un ejercicio abusivo del derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo" . Arce Ortiz, Elmer. Op cit., p. 10.
Al contrario, invocar la teoría del abuso del derecho más bien implicaría aceptar que el empleador tiene derecho a despedir incausadamente y tanto la sentencia del TC como la doctrina coinciden en que ello no es así.
Siguiendo lo anterior, no creemos que la relación del artículo 103 de la Constitución con el despido arbitrario, al menos en este caso, sea adecuada, a diferencia de lo que ocurriría con los despidos fraudulentos, en donde bajo el amparo del ejercicio válido de un derecho se incurre, más bien, en la violación de otros derechos fundamentales. Esa es la línea que parece asumir la propia sentencia del Caso Llanos, (Vid. Fundamento décimo sexto).

156 Ese es el caso de los despidos nulos y los que afectan derechos fundamentales de la persona los que sin discusión alguna pueden ser tutelados a través de la demanda de nulidad de despido y la de amparo respectivamente (aunque, técnicamente y por el asunto de las vías paralelas, nada impediría que la segunda proteja a los primeros).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

causado puede tener como única reparación a la indemnización, pero ello no tiene por qué afectar al género "despido sin causa", que como se vio, es más amplio y tiene más formas de reparación, las que incluyen la reposición. De otro lado, el adjetivo "única" puede ser entendido en el sentido de limitar la indemnización por despido de modo tal que frente al despido no quepan otras formas de indemnización diferentes de la legal y tarifada, como es el caso de la indemnización por daño moral, lo que en nuestra opinión no excluye que dichas indemnizaciones sí puedan ser solicitadas como pretensión acumulativa originaria y, en algunos casos, subordinada de pretensiones de nulidad de despido.

La segunda cuestión surgida de lo anterior es que la presencia del artículo 27° de la Constitución no afecta sino más bien ratifica lo anterior, en el sentido de establecer que la adecuada protección encargada a la Ley por dicho artículo constitucional, oscila entre la indemnización y la reposición, en la medida que sustantivamente la LPCL ha previsto tanto una forma de protección para los despidos arbitrarios (la indemnización) cuanto para los nulos (la reposición). La presencia de una forma adicional de protección, a través de la acción de garantía, no desestima lo anterior, debido a que ella es un remedio previsto por la constitución frente a la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales para los que la constitución no ha previsto una forma de protección específica.

Pero el anterior no es el único efecto del artículo 27°, de cara a su presencia en el texto constitucional. El artículo 27°, además, es una norma cuyo sentido es el de fijar el punto de partida para la solución del problema más importante en la regulación del derecho al trabajo; esto es, el de determinar el mecanismo de reparación que corresponde a la violación del derecho al Trabajo. El TC ha concluido que ésta debe ser, necesariamente, la reposición y sostiene que una solución distinta vaciaría de contenido al derecho contenido en el artículo 22°. Nosotros, al igual que en el caso anterior, creemos que el TC yerra en su apreciación. Y la razón está en el hecho que el artículo 27° de la Constitución establece que será la Ley la que provea la adecuada protección, y al hacerlo está admitiendo que el grado de protección que corresponda a la violación del artículo 22° no necesariamente será el típico de restitución de un derecho constitucional (retrotraer las cosas al estado anterior de la violación), sino cualquier otro. Si no fuera así, hubiera bastado con que el constituyente hubiera regulado el derecho al trabajo en el artículo 22° y remitiera todo grado de protección al mismo al artículo 200° de la misma constitución, referido a garantías constitucionales. No lo hizo, y ello no es casual.

Dicho en otros términos, el sentido del artículo 27° de la constitución no es sólo el de proscribir la arbitrariedad del despido, asunto que ya es un lugar

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

común[157], sino el de dejar establecido que la reparación frente al despido arbitrario puede ser distinta a la reparación que asiste a cualquier otro derecho constitucional afectado por una violación[158].

Por otro lado, no nos parece correcto el enfoque del TC respecto del tratamiento interpretativo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En efecto, el Protocolo contempla que será cada legislación la que opte por el mecanismo de protección frente al despido arbitrario; destacándose que entre las opciones establecidas se encuentra la indemnización por despido arbitrario.

Esta norma internacional concordada con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, determina que ante el supuesto de una regulación nacional que prevea como mecanismo reparador ante un cese incausado una indemnización, ésta se encuentra acorde con el ordenamiento vigente. Por tanto, sostener lo contrario, o sostener, como lo hace el TC, que dicha norma actúa como un piso que puede ser "susceptible de mayores niveles de protección" supone inaplicar el Tratado e incumplir lo prescrito por la Constitución, pues el TC no tiene facultades para "construir" normativamente sino para interpretar lo que dice la Constitución, al hilo de lo que, por mandato de la Cuarta Disposición Transitoria de la propia Constitución, establecen los pactos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú.

Por lo demás, cabe añadir que el Convenio OIT 158 (no ratificado por el Perú, pero que tiene el carácter de una recomendación) no prescribe la reposición como único medio de reparación al centro de trabajo. Al respecto, se ha dicho, en función al referido convenio que "(n)ada impide, por tanto, al legislador nacional regular los aspectos reparadores cuando el empresario incumple la formalidad previa al despido disciplinario, y ello a través, en nuestro caso, de una alta indemnización compensatoria por la resolución contractual injustificada"[159].

3. LAS CONSIDERACIONES DEL TC EN EL CASO LLANOS

La sentencia del Caso Llanos centra su atención en los alcances del artículo 27° de la Constitución. Para el TC el artículo 27° constitucional reconoce el derecho del tra-

157 Vid. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del trabajo. Lima. 1997. Ara Editores. pp.60-61. También, Blancas Bustamante, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano. Lima. 2002. Ara Editores, p. 118.

158 El tema nos parece, es de la mayor importancia porque el TC ha sugerido en su sentencia que la violación de un derecho constitucional sugiere como forma de restitución una que determina la nulidad del acto jurídico de despido. Sobre dicho particular, la posición nos parece discutible en la medida que el efecto de restitución, si bien se parece en mucho al de una nulidad, no parece ser el mismo, pues el propio TC ha negado en repetidas ocasiones el derecho a remuneraciones devengadas en los procesos de amparo.

159 MIÑAMBRES PUIG, César. "El despido disciplinario verbal y el convenio número 158 de la OIT". En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). Citado por Toyama M. Jorge. La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica. En. Diálogo con la Jurisprudencia. Op. Cit., p. 102.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

bajador a la "protección contra el despido arbitrario". El mencionado artículo, va a decir el TC, no menciona en qué términos ha de entenderse dicha protección pero hace una reserva de ley, "lo que no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la norma suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deben satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas adecuadas "[160].

Ante dicha imprecisión, sobre la que hay coincidencia doctrinal, dicho sea de paso[161], el TC ha postulado que "...dicho tema debe ser abordado desde dos perspectivas: por un lado a través del régimen de carácter sustantivo y, por otro, con un régimen de carácter procesal"[162]. La dimensión sustantiva es aquella "que atañe al modo como ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución" y al respecto, señala el TC, el legislador puede optar entre dos formas de protección: una de tipo preventivo, según la cual "el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se prevenga, evite o impida que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente". El mismo TC, haciendo explícita esta afirmación, ha indicado que "en nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo No. 276". Siguiendo con la explicación, el TC ha señalado, además, que la "protección preventiva" se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha Ley"[163].

De otro lado, el TC ha señalado que la dimensión sustantiva también puede optar la forma de "protección reparadora", en la cual "el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto del despido arbitrario contra un trabajador, la Ley prevé una compensación económica o un a indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la Ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias". Sobre esto último el TC ha dejado establecido que "...considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspon-

160 Sentencia Caso Llanos, décimo primer fundamento.
161 Ver supra, nota 30.
162 Vid. Sentencia Caso Llanos, décimo fundamento.
163 Fundamento 12 a.1 sentencia Caso Llanos.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

diente o en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualquiera de estos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización"[164].

La segunda forma de protección propuesta por el TC como forma de protección derivada del artículo 27° constitucional es "por así decirlo" (utilizando los términos del TC) de carácter "procesal", "es decir, el establecimiento mediante Ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente"[165]. Dicha forma de protección puede ser de dos maneras: una, de carácter reparador, "inexorablemente vinculada a la LPCL" y, otra, de "carácter jurisdiccional con alcances diferentes"; es decir, una "que en vez de prever una eficacia resarcitoria, (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[166]" (el paréntesis es nuestro).

Así, la adecuada protección procesal restitutoria para el TC se manifiesta a través de la acción de amparo, cuyo objeto es "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional"[167]. En este sentido, para el TC, la acción de amparo, es una de las formas mediante las cuales la Ley provee adecuada protección contra el despido arbitrario porque "...en el ámbito del amparo (...) ese estado anterior al cual deben reponerse las cosas no es el pago de una indemnización, es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente"[168].

El TC, así, ha considerado "que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud (sic)"

164 Caso Llanos, fundamento décimo segundo, punto a.2
165 Caso Llanos, fundamento décimo tercero.
166 Ibid, loc, cit.
167 Curiosamente, en este punto el TC omite toda referencia a la acción de nulidad de despido en la vía ordinaria, la que también tendría plena eficacia restitutoria. Este es, para nosotros, un punto de inflexión importante en la posición del TC.
168 Sentencia del TC de fecha 13 de marzo de 2003, Caso Llanos, fundamento número 14.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

4. NUESTRAS APRECIACIONES EN TORNO DE LAS CONSIDERACIONES DEL TC EN EL CASO LLANOS

Las posiciones expresadas por el TC en la sentencia del Caso Llanos introducen, decíamos, algunos elementos que profundizan ideas sugeridas en la sentencia del caso SutTdp[169]. En efecto, ha concluido el TC en este y en anteriores casos, que quien tiene un trabajo, tiene derecho a mantenerlo salvo que exista una causa que justifique la ruptura del contrato de trabajo.

Deriva su razonamiento el TC de dos cuestiones: la primera, que el derecho al trabajo es un derecho fundamental y la segunda, que la garantía de reparación del mismo, considerando los típicos mecanismos reparadores procesales de un derecho fundamental (p.e. la acción de amparo), lleva irremediablemente a la restitución del derecho conculcado al momento previo a su violación.

Si bien el apoyo utilizado por el TC para su conclusión es correcto, no se puede dejar de considerar que el artículo 22° de la Constitución no es un derecho que, como los demás de carácter fundamental, se sujeta a los mecanismos usuales de reparación. Este derecho cuenta con una regulación constitucional adicional insoslayable: el artículo 27° de la misma Constitución y cuya presencia, al menos en nuestra opinión, no se limita a actuar únicamente como un factor de conexión entre una ley reglamentaria y la Constitución. Dicho artículo, como veremos más adelante, proscribe la arbitrariedad del despido y delega en la Ley la forma de protección ante el despido arbitrario o, lo que es lo mismo, ante el despido sin causa. Y tal delegación determina la existencia de una variante significativa en el mecanismo de reparación de dicho derecho fundamental en particular, prevista por la propia Constitución. Dicho en otros términos, el derecho al trabajo no reclama reparación a través del típico remedio constitucional (la acción de amparo y la eventual restitución en el empleo) sino que éste, por mandato del artículo 27°, remite a la Ley, la que fija un régimen sustantivo de protección distinto, que en principio es de tipo indemnizatorio y, por cierto, no el único.

Pero el razonamiento anterior no se agota en lo dicho. La norma en cuestión no es una norma que se limite a la simple remisión o delegación normativa; la norma tiene tres consecuencias: la primera es señalar que los despidos arbitrarios al requerir de "adecuada protección" son actos dañinos e ilícitos, ratificando la idea de causalidad del despido. La segunda es matizar el régimen de garantías que corresponde al artículo 22° de la Constitución, en tanto derecho fundamental (hablándonos de protección adecuada y no de restitución), y la tercera es hacer un reenvío legal que implica, por un lado, una delegación y, por otro, una reserva legal.

169 Vid. Fundamento duodécimo.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

De las tres consecuencias anteriores, la segunda es fundamental: la "adecuada protección" no es lo mismo que "reponer" o "restituir" las cosas al momento previo a la violación, aunque es claro que las segundas son parte de las primeras. Y los efectos de esta diferencia son grandes. Así es, el que el artículo 27° de la Constitución hable de "adecuada protección" y no de "reponer", como sí lo hace el artículo 1° de la Ley 23506, en ejecución del artículo 200° numeral 2 de la Constitución, marca una diferencia importante en el modo de tutelar la violación del artículo 22° de la Constitución. La "adecuada protección" es un concepto mucho más amplio que el de "restitución" o "reposición", que implica no sólo lo anterior sino que implica otras formas de protección[170].

La definición del contenido de esa adecuada protección no se puede extraer del propio artículo 22°; tiene que extraerse de la Ley[171]. Y la Ley plantea la protección de manera simple y al hilo de lo que han establecido los tratados internacionales suscritos por el Perú. Es decir, la ley peruana ha establecido que cuando el despido es incausado le corresponde la calificación de "arbitrario" y la consecuencia para el mismo es el pago de una indemnización. La Ley peruana ha establecido, asimismo, que cuando un despido es incausado y además se violan derechos fundamentales (distintos al del trabajo) la reparación es la reposición (por ejemplo despidos nulos y violatorios de derechos fundamentales de la persona)[172].

Se logra apreciar, así, que la "adecuada protección contra el despido arbitrario" supone una gama de posibilidades que no puede, como pretende el TC, extraerse del artículo 22° de la Constitución sino de la Ley, la que actúa por remisión de la propia Constitucional, la que al hacerlo observa los Tratados Internacionales ratificados por el Perú.

170 En este punto, debemos destacar la afirmación que hace el TC en el sentido que la única medida restitutoria es el amparo (en el fondo se trata de una vía procesal diseñada para hacer efectivo un derecho sustantivo por excelencia, el derecho fundamental). Nosotros no la compartimos, porque la LPCL también regula el derecho sustantivo a no ser despedido por causas de discriminación y reacción y contempla para ello una vía procesal específica esto es, la impugnación del despido por nulidad y es obvio que allí también estamos ante una protección restitutoria. La que lo es, no por su característica procesal sino porque hay un derecho sustantivo que le sirve de sustento.

171 En ese sentido, Blancas Bustamante ha afirmado que "... No contiene la norma constitucional, criterio o expresión alguna relativa a los mecanismos en que pudiera residir la "adecuada protección" contra el despido arbitrario, por lo que es menester concluir que deja en total libertad al legislador para que opte, según su criterio, entre fórmulas de tutela restitutoria (la reposición) o de tutela resarcitoria (la indemnización) o una articulación combinada de ambas, según los supuestos de despido". El despido en el derecho laboral peruano. Op. cit. pp. 122 y 123.

172 Una interesante forma de visualizar este planteamiento se logra a través de analizar las pretensiones procesales susceptibles de plantearse en una demanda de impugnación de despido. En efecto, si bien el reglamento de la LPCL ha establecido que ambas pretensiones no se pueden plantear simultáneamente, el CPC y la LPT permiten acumular ambas pretensiones de manera subordinada, cosa que últimamente ha sido ratificada por la jurisprudencia. Ello permite ver, decíamos, que la falta de causalidad es un factor común en los despidos nulos y los arbitrarios, pues si no se logra probar la existencia de un despido nulo (recuérdese que por mandato del artículo 27 de la LPT la carga de la prueba del despido nulo la tiene el trabajador) la consecuencia en una demanda acumulativa será (salvo que el empleador demuestre la existencia de una falta) la calificación de despido como arbitrario y por tanto susceptible de repararse con una indemnización.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La presencia del artículo 27° de la Constitución, así, cambia radicalmente el mecanismo típico de reparación que de no haber existido, habría tenido el artículo 22°. Si tal artículo 27° no hubiera existido, el artículo 22°, por contener a un derecho fundamental, probablemente se habría tutelado por el artículo 200° de la Constitución y habrían sido las acciones de garantía la forma típica de tutela para el mismo. Pero no ha sido así. La Constitución, guste o no, contiene al artículo 27° y éste remite a una Ley que por ello mismo no es inconstitucional, no existiendo razón válida que faculte al TC a inaplicar o inobservar esa norma.

A partir de lo anteriormente señalado nos parece que el argumento de la "adecuada protección procesal" utilizado por el TC para dotar de un nuevo contenido al artículo 27° de la Constitución, es, por lo menos, artificial. La adecuada protección a la que se refiere el artículo 27° de la Constitución es una de tipo sustantivo y tiene que ser la Ley la que la provea[173]. Nos parece artificial la construcción del TC en el sentido de hablar de protecciones sustantivas y procesales. Tan claro es esto que hasta el propio TC pareciera no estar convencido de su argumento al mencionar que el complemento de la protección sustantiva es, "por decirlo así" la protección procesal.

Y esto último es precisamente el tema final que queremos abordar en este artículo. Las normas procesales tienen por objeto hacer efectivos los derechos sustantivos. En ese sentido, no son manifestación ni podrían serlo de un derecho como el contemplado en el artículo 27° de la Constitución. Las normas procesales son dictadas bajo el amparo del artículo 139° de la Constitución, el que al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, impone al Estado el deber de crear normas y procedimientos necesarios para hacer efectivos los derechos sustantivos.

El artículo 27° de la Constitución también tiene un contenido esencial y ese es el de establecer entre otras cosas una forma sustantiva de proveer protección contra el despido arbitrario, sujeta, por cierto, al contenido esencial del artículo 22° pero también a las soluciones que informan los tratados internacionales ratificados por el Perú y plenamente aplicables por acción de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Peruana[174]. Las vías procesales para hacer efectiva esa protección, no están dentro del ámbito de actuación del artículo 27° citado ni son formas de protección "adecuada"; ellas son expresión, más bien, del artículo 139° de la Constitución. Si lo están, por cierto, todas aque-

173 Toyama sostiene que un razonamiento como éste vacía de contenido a la protección sustantiva provista por el mismo artículo 27. Toyama Miyagusuku, Jorge. La inconstitucionalidad de los despidos. Un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional. Inédito.

174 "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

que la línea argumentativa del TC no es sólida y que dicho tribunal se ha visto obligado a recurrir a un artificio para sustentar una controvertida posición[175]. Creemos que las líneas jurisprudenciales que precedieron a la sentencia del Caso SutTdp[176] y a las subsiguientes hasta esta misma, materia de comentario, presentaban una línea argumentativa que aunque discutible[177] al menos transitaba dentro de los márgenes que la Ley y la Constitución permitían; es decir, los despidos incausados sólo merecen una reparación similar a la que corresponde a un derecho constitucional violado, cuando son pluriofensivos. Es obvio, y en ello no hay pósibilidad de discusión, que la solución propuesta por la Constitución Peruana es discutible[178]. De hecho, toda solución que proponga la reparación de una violación constitucional con el pago de una compensación económica lo es. Pero no se debe perder de vista que la solución en cuestión es la que hoy se acepta mayoritariamente[179] (no en vano el convenio 158 OIT la admite dentro de las posibles formas de reparación ante un despido sin causa) y en nuestro caso parte de la propia Constitución[180]. Es ella la que plantea esa fórmula discutible, no la Ley. Por lo tanto, mientras esa norma tenga la configuración actual, las posibilidades de apertura a interpretaciones como la planteada por el TC, al menos de momento, son por lo menos discutibles.

175 Habría que decir, no obstante, que el carácter controversial de la sentencia del Caso SutTdp se agudizó con al emisión de la Sentencia Aclaratoria emitida por el TC, la que introdujo elementos no considerados en el debate inicial e interpretaciones que hacía más discutible una sentencia que ya de por sí lo era

176 Todas ellas referidas por el propio TC en la sentencia del Caso Llanos

177 Por ejemplo no compartimos la posición del TC respecto de considerar que en el procedimiento de despido las infracciones al procedimiento implican violación al debido proceso en cualquiera de sus modalidades y menos aún que dichas infracciones importen violación al derecho a la tutela judicial efectiva. Ambos derechos son de corte netamente procesal y al no estar ubicados constitucionalmente en el capítulo de derechos de la persona, nos parecen difícilmente oponibles en el procedimiento de despido. En igual sentido, entre nosotros, Arce Ortiz, Elmer, op. cit. P.15. También, Riera Vayreda, Carlos. El despido nulo. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. p 128 y ss. En sentido contrario, Bustamante Alarcón, Reynaldo. Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. En : Ius et Veritas. Año X No. 21, p. 301 y ss.

178 Sastre advierte lo discutible de las soluciones compensatorias, pero reconoce que ellas están cada vez más difundidas. En el caso español, la solución normativa legal genera aún más polémica por cuanto, a diferencia de lo que ocurre en el Perú, no hay una norma constitucional que, como el artículo 27, establezca una clave que permita deducir fórmulas distintas a la simple restitución en el empleo, frente a la violación del derecho al trabajo. Sastre Ibarreche, Rafael, op. cit. p. 249 y siguientes.

179 Sastre Ibarreche. Rafael. Op cit. p. 249 y ss.

180 A diferencia por ejemplo de lo que ocurre con el caso español, en donde el reconocimiento del derecho al trabajo no viene acompañado de una fórmula como la del artículo 27 y a pesar de ello se admite, aunque discutiendo la validez del despido incausado salvo que este concurra, como en el caso peruano con la violación de otros derechos fundamentales. Por todos, Sastre Ibarreche, Rafael. Op. cit p. 249 y ss, y Riera Vayreda, Carlos, op. cit. p. 128 y ss.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En conclusión, la sentencia comentada introduce el argumento de la "adecuada protección procesal" en el debate de la constitucionalidad de los despidos incausados, pero dicho argumento difícilmente, como parece ser el propósito del TC, cierra el debate de los alcances del artículo 27 de la Constitución. Al contrario, creemos que el recurso al que acudió el TC ha vuelto a desnudar los vacíos de la sentencia del Caso SutTdP y especialmente los de su aclaración, de manera que los propósitos de sistematización que ella perseguía parecieran no haberse conseguido. Nos parece que, por último, el TC debería replantear el análisis efectuado y, como ya lo hizo en otras materias, reconducir su razonamiento hacia una interpretación estricta de la Constitución de 1993, hasta que ella sea materia de modificación.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional

Pedro G. Morales Corrales
Profesor de la Universidad de Lima

I. INTRODUCCION

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de 11 de julio de 2002, aclarada el 16 de setiembre del mismo año, en la acción de amparo promovida por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A., y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) inició un cambio sustancial en la interpretación del artículo 27 de la Constitución respecto a lo que debe entenderse por "adecuada protección contra el despido arbitrario".

Dicho cambio ha quedado consolidado en la nueva doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional en la acción de amparo seguida por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., Expediente N° 976-2001-AA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de mayo de 2003, la cual es motivo del presente artículo.

El artículo 9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo N° 23506, establece que las resoluciones recaídas en estas acciones constitucionales "... sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se pueden desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos, apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

titucional N° 26435 determina con toda claridad, que los jueces se encuentran obligados a resolver conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los procesos en que interviene.

Teniendo en cuenta las disposiciones anteriores, que resultan mandatorias para los jueces, lo que significa que en el futuro tendrían que resolver conforme a los criterios generales que se desprenden de la resolución de 13 de marzo de 2003, es que debemos analizarla a fin de establecer sus alcances y consecuencias.

II. EL DERECHO AL TRABAJO

El artículo 22 de la Constitución vigente establece que "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

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

De acuerdo con Víctor García Toma, las normas constitucionales pueden ser declarativas, operativas o autoaplicativas, o normas programáticas o de principio[181]. Las primeras "son aquellas que resumen su contenido en la manifestación de una mera proclama .... A pesar de carecer de contenido jurídico, sirven como pautas interpretativas". Las normas operativas o autoaplicativas las conceptúa el indicado autor como aquellas "... que funcionan per se; se bastan a sí mismas. Se trata de preceptos autosuficientes y directamente aplicables; por ende, no requieren ni exigen la dación de normas reglamentarias para alcanzar eficacia.". En cuanto a las normas programáticas o de principio, García Toma manifiesta que "... se encuentran atadas, para alcanzar plena eficacia, a la existencia futura de determinados niveles de desarrollo socio económico, así como a la dación de la una legislación reglamentaria. Es el caso de muchos derechos de carácter social (vivienda, seguridad social, etc.). Son, per se, imperfectas o incompletas.".

Ricardo Marcenaro Frers [182], al analizar este artículo constitucional manifiesta que "Lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es

181 GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Lima, Perú, 1999. p. 249.

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

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

diferenciar entre dos niveles, fases o estadíos de éste; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular".

Marcenaro se pregunta "¿El derecho al trabajo es un derecho programático, o principio de política social?. Siguiendo los conceptos desarrollados podríamos indicar que el derecho al trabajo no está sujeto a la dación del desarrollo legislativo. El derecho al trabajo no depende de simples normas, por lo que no es un derecho programático.". Marcenaro concluye manifestando que "El derecho al trabajo no es uno de aplicación inmediata ni programático, por cuanto en ambos casos sería exigible a un sujeto en particular, y dentro de una economía social de mercado, eso es imposible. El derecho al trabajo no es un derecho exigible al Estado ni a los empresarios.". En consecuencia, para Marcenaro el derecho al trabajo, en cuanto al derecho de acceder a uno en concreto, constituye una norma de principio.

Javier Neves Mujica[183], sobre este mismo tema manifiesta que "... en lo que respecta al acceso al empleo, nos hallamos ante un derecho de preceptividad diferida (programática), cuando se refiere a un puesto genérico, y frente a un derecho de preceptividad inmediata (autoaplicativa) cuando recae sobre un puesto específico" (los paréntesis son nuestros). Menciona, como ejemplo de este último supuesto, el caso de un trabajador que postula a un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal caso, manifiesta, el trabajador tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria. Concluye manifestando que sólo en este caso el trabajador tendría derecho a una acción de amparo basado en su derecho al trabajo, si es que por alguna razón se lesione dicha norma constitucional en su aspecto de preceptividad inmediata originando que no se concrete la prestación de servicios, a pese de haber sido seleccionado en el concurso respectivo.

En cuanto al otro aspecto del derecho al trabajo, es decir, cuando la persona accedió a un puesto y lo viene desarrollando, igualmente la doctrina sostiene que tal trabajador tiene el derecho a "conservar el trabajo"[184] [185].

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

183 NEVES MUJICA, Javier. Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo. en Revista Derecho y Sociedad N° 17, Lima, Diciembre de 2001, p. 25.
184 MARCENARO FRERS, Ricardo. op. cit. p. 47.
185 NEVES MUJICA, Javier. op. cit. p. 25.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

mediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podría ser contrarrestada con una acción de amparo, . Así ocurriría en el caso de un despido arbitrario, aunque no vulnerara otros derechos constitucionales ...". Sin embargo reconoce que la existencia del artículo 27 de la Constitución que delega a la ley se concrete la protección contra el despido arbitrario, le origina determinadas incertidumbres[186].

Consideramos que en el mundo actual, encontrándose tan íntimamente vinculado el tema económico con lo laboral y, que el derecho al acceso al trabajo depende fundamentalmente de las políticas que adopten los gobiernos para promover las condiciones económico sociales que aseguren la oportunidad de una ocupación útil, tal como lo proclamaba expresamente el artículo 42 de la Constitución de 1979, criterio plenamente vigente, el segundo aspecto del derecho al trabajo vinculado a la conservación del mismo, una vez obtenido, igualmente se encuentra influenciado por la realidad económica, y más que nunca por la del mercado.

La mundialización o globalización que experimenta el mundo, especialmente en los campos del comercio y la tecnología, que promueve una competencia realmente extrema, descuidando los aspectos sociales, hace que las empresas tengan que ser altamente productivas y estar en la posibilidad de adaptarse rápidamente a los cambios que ocurran para poder sobrevivir, mantenerse en el mercado y con ello conservar los puestos de trabajo que sean estrictamente necesarios al cambio que deba introducir a su sistema productivo.

Si se entiende que el derecho al trabajo en su segundo contenido se refiere al derecho a conservar el empleo ya logrado y que por ende el despido arbitrario o *ad nutum* no resulta aceptable, se podría concluir en que la legislación tendría que adaptarse a las nuevas épocas y ampliar el listado de las causas que se consideren justificadas para poder extinguir válidamente el contrato de trabajo, porque bastaría que en dicho listado no conste tipificado un motivo que justifique un despido para que, de ocurrir, y aun cuando en los hechos sea válido, sea considerado jurídicamente injustificado o arbitrario, y por ende inaceptable para el ordenamiento jurídico[187].

El artículo 130 de la Constitución de 1979 establecía que "Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción, cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado, de acuerdo con la ley". Este precepto continúa siendo absolutamente válido para analizar el tema en cues-

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

187 Nótese que el despido injustificado no genera el pago de ninguna indemnización por lo cual la ampliación del listado de causas justas de despido desprotege cuando menos económicamente, al trabajador cesado.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tión, más aún en la actual coyuntura de competencia empresarial sin límites para acceder y mantenerse en el mercado.

Si como hemos manifestado, corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que permitan la generación de puestos de trabajo, y, si a su vez se exige a las empresas eficiencia y contribución a través de sus impuestos al bien común, la conservación de los puestos de trabajo en la realidad actual no puede mirarse con la misma perspectiva que se tenía hace veinte o treinta años.

Mientras que los países, a través de tratados internacionales no se pongan de acuerdo sobre estándares mínimos de carácter social, entre ellos el alcance de la protección contra el despido injustificado o arbitrario, o la reparación que pueda tener éste; o a través de la ratificación de los tratados internacionales sobre la materia, como es el caso del Convenio N° 158 de la OIT, o el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; resultará irreal exigir al empleador que mantenga puestos de trabajo, cuando éstos no resulten útiles a la eficiencia de la empresa, porque por encima de la indiscutible necesidad que tiene todo ser humano de manera individual y concreta de contar con un puesto de trabajo, se encuentra el de la subsistencia de la propia empresa como fuente de trabajo para aquellos trabajadores que aún puedan permanecer después del cambio o adaptación de la empresa a una nueva realidad.

Es por ello que, la "estabilidad laboral" no depende de la empresa sino fundamentalmente de las políticas de gobierno, de los acuerdos internacionales y de la capacitación del trabajador en actividades multifuncionales que le permitan acceder más rápidamente a un nuevo puesto de trabajo o adecuarse a las nuevas exigencias que tenga que satisfacer la empresa en que presta servicios.

III. LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

La estabilidad laboral constituye más que un escudo protector, el escudo "reparador" del principio de continuidad de la relación laboral que, según lo expresa Américo Plá Rodríguez [188] ".... sólo se debe disolver válidamente cuando exista algún motivo justificado."

Según la definición del Diccionario de la Lengua Española, "estabilidad" significa "permanencia, duración en el tiempo; firmeza, seguridad en el espacio".

Para Rodolfo Capón Filas y Eduardo Giorlandini[189], "estabilidad" constituye la "seguridad jurídica brindada al trabajador de continuar su carrera profesional en la empresa, mientras dure su aptitud y no exprese su decisión contraria...".

188 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1968, p.172.
189 Diccionario de Derecho Social, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina 1987.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En el Perú a partir del Decreto Ley N° 18471 se consagró legislativamente la denominación de "estabilidad laboral", constituyendo su máxima expresión la Constitución de 1979 que la contenía en su artículo 48.

En efecto dicha norma establecía lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la Ley y debidamente comprobada".

Sin embargo, jurídicamente dicha estabilidad jamás impidió el despido directo del trabajador. Correspondió a las leyes de desarrollo (Decreto Ley N° 22126 y Ley N° 24514) establecer la forma de reparar el daño ocasionado por un despido efectuado sin causa justa, es decir en contravención de la norma constitucional. Y fueron dichas disposiciones las que determinaron que a elección del trabajador tal reparación podía consistir en su reposición coercitiva o el pago de una indemnización. Puede observarse, como tema importante, que fue el legislador y no la Constitución quien estableció la manera o modalidad de reparación otorgando al trabajador la facultad de optar por una u otra forma.

Distinto fue el entendimiento de la norma constitucional por el común de los trabajadores, quienes consideraban que la "estabilidad" les aseguraba la continuidad en el trabajo sin posibilidad de despido. De ahí que la sola mención de flexibilizar tal derecho, fue rechazada de la manera más rotunda, al punto que hizo peligrar la aprobación plebiscitaria de la Constitución que actualmente nos rige.

Por su parte los empleadores la percibieron y continúan haciéndolo, como una suerte de propiedad del puesto de trabajo por el servidor, por que éste, una vez superado el período de prueba, resulta prácticamente inamovible, ya que, incluso producido el despido por falta grave es muy difícil acreditarlo. El resultado es que el trabajador queda repuesto, lo que implica el pago de las remuneraciones caídas, de una multa y el fraccionamiento de los principios de autoridad y disciplina en el centro de trabajo.

En realidad la denominación "estabilidad laboral" resulta equívoca ya que en el fondo la generalidad de la legislación comparada entiende que su ejercicio supone una reparación, si se demuestra que ha sido violada, reparación que puede darse en varias formas: reposición, indemnización u otra prestación, como el seguro de desempleo, toda vez que un despido justificado no constituye violación alguna y, por ende, no genera pago de ninguna indemnización, y menos aún la reposición.

Los únicos antecedentes en el Perú de una estabilidad absoluta radical en el sector privado[190], que suponía contar con la previa aprobación de la autoridad

190 En el Sector Público el Decreto Legislativo N° 276 establece que un empleado de la carrera administrativa no puede ser despedido sin previo proceso interno, lo cual tiene plena justificación debido a que el Estado es el empleador.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

competente para proceder al despido directo, estuvieron dados por el Decreto Supremo, de 4 de noviembre de 1958, que establecía que el Ministerio de Trabajo debía aprobar la resolución de los contratos de los empleados con 20 o más años de servicios, lo que fue ratificado por la Ley N° 15542 de 30 de abril de 1965, que rebajando el tiempo de servicios de las empleadas a 15 años, confirmó que la resolución de los contratos de trabajo con estos servidores debía ser previa y debidamente comprobada y calificada por dicho Ministerio[191].

La Constitución vigente de 1993 como respuesta al referido trauma semántico evitó hacer mención a la "estabilidad laboral", refiriéndose en su artículo 27 a la "adecuada protección contra el despido arbitrario".

La reacción generalizada de los organismos sindicales, fue que con dicha denominación desaparecía la estabilidad laboral en el país, sin percatarse que la OIT en la Tercera Conferencia Regional Americana llevada a cabo en México en el año 1946, al precisar el alcance de este concepto concluyó que significaba "protección del trabajador contra el despido arbitrario"[192].

Sin embargo, el término "protección" en su segunda acepción implica "resguardar a una persona ... de un perjuicio o peligro ...". La única forma de proteger contra el despido sería aplicar la denominada estabilidad absoluta radical, es decir someter la decisión del despido directo a una previa evaluación y autorización por la autoridad competente, que desde nuestro punto de vista sólo se justifica para los servidores de la administración pública.

En consecuencia, la denominación que actualmente otorga la Constitución a la protección de este derecho resulta igualmente inadecuada aunque, como repetimos en el lenguaje laboral utilizado tanto en la doctrina como en las normas nacionales o convenios y tratados internacionales, existe coincidencia en que la violación al derecho a la estabilidad o la protección contra el despido arbitrario, tiene como reparación la reposición en el trabajo o, alternativamente, la indemnización o cualquier otra prestación prevista en la respectiva legislación nacional, como podría ser el seguro de desempleo.

Como puede advertirse de lo tratado hasta el momento, lo que la doctrina repudia en general, es que el despido sea ad nutum o incausado, "... entendiéndose

191 Pocos eran los trabajadores que alcanzaban dicho tiempo de servicios, porque antes de que ello ocurriera eran despedidos, lo cual demuestra que este tipo de normas sólo protegen a los trabajadores que habían alcanzado dicho tiempo de servicios y perjudica a aquellos que aspiran a ello.

192 Citado por Américo Plá Rodríguez op. cit. p. 172.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

por tal aquél en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral".[193]

En otros términos, si la legislación contemplara un largo listado de conductas o situaciones que justifiquen el despido del trabajador, nada tendría que decir la doctrina ni la jurisprudencia sobre el tema pues, según ella, bastaría su consideración, razonable ciertamente, para que si el trabajador es despedido, tal despido al ser "justificado" proceda sin ningún inconveniente. En tal sentido, todo quedaría solucionado con una debida actualización de las normas que regulan las causas justificadas de despido. De hecho, el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo que obra en el Congreso de la República, amplía las causales actualmente contempladas en nuestra legislación.

Nos da la impresión, que la insistencia doctrinaria de que el despido "arbitrario" o *"ad nutum"* no puede ser aceptado, resulta cuando menos exagerada, porque si éste se produce la consecuencia es que el daño debe ser reparado. Así lo reconocen los convenios internacionales y la legislación comparada, lo que hace inentendible tal posición.

El término "arbitrario" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española[194], significa " que depende del arbitrio", "que procede con arbitrariedad", y el término "arbitrio" significa "facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra". Es cierto que en su tercera acepción el mismo término significa "voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho".

En el mundo empresarial (actividad privada) es muy difícil, aunque no imposible, que un empleador despida a un trabajador por simple capricho, en primer lugar, porque la creación de un puesto de trabajo demanda una inversión de varios miles de dólares y, en segundo lugar, porque ese capricho tiene un significado patrimonial que es el pago de una indemnización, que le cuesta al empresario.

En consecuencia, en la generalidad de los casos de despido arbitrario en que no se menciona la causa, ello no significa que no exista, y de la más diversa índole. Por ejemplo, si por cambios tecnológicos operados en la empresa el empleador necesita prescindir de dos o tres trabajadores, esta causal no está prevista por la ley, por lo que no puede ser invocada válidamente para el despido directo. Sólo si el número de trabajadores que deben cesar es igual o superior al 10% del total de los mismos, podría, invocándose dicho motivo, solicitarse al Ministerio de Trabajo la respectiva autorización de cese sin pago de indemniza-

193 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Derecho al Trabajo y el Despido Arbitrario: A Propósito de una Sentencia del Tribunal Constitucional en la Revista Ius et Veritas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 15, en prensa.

194 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición, p. 131.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ción alguna. Sin embargo, no resulta razonable que pueda obligarse al empleador a mantener a esos tres o cuatro trabajadores, porque ello significaría encarecer la producción lo que se traduce en un mayor precio que puede resultar poco competitivo y originar estabilidad económica en la empresa.

Otro ejemplo. Se ha venido dando con bastante frecuencia que pese a existir causa justa para el despido, verbigracia, relacionada con la capacidad o incluso con la conducta del trabajador, el empleador opta por el despido incausado o arbitrario, pagando la correspondiente indemnización, como consecuencia de un análisis de costo beneficio, ya que conoce que este tipo de despidos puede originar procesos judiciales con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.

Incluso el trabajador que es despedido porque el empleador le perdió la confianza preferiría, por razones de curriculum, que su carta de despido sea inmotivada y no que en ella se consigne que la razón del despido es por la causa antes mencionada.

De otro lado, se debe tener en cuenta que despido "arbitrario" o "sin causa justa", o "injustificado" o *"ad nutum"*, son sinónimos[195].

En consecuencia, si se desea ser estricto en la línea de pensamiento según la cual no cabe el despido arbitrario, tendríamos que sostener que no es suficiente imputar al trabajador una conducta determinada, o que se encuentra dentro de una situación prevista como justificada para el cese, para que este opere sin ningún tipo de consecuencia, ya que además de la imputación lo que correspondería, si el trabajador no está de acuerdo, es probar la causa justificada, porque, de no hacerlo, a pese de la imputación correspondiente, estaríamos frente a un despido injustificado, arbitrario, o ad nutum; y si esto sucede, nuevamente nos preguntamos ¿cuál es la sanción? La respuesta sigue siendo la misma: la reparación a través de las tres fórmulas clásicas, es decir, la reposición, o la indemnización, u otras prestaciones.

Además, la experiencia en el país ha enseñado lo difícil que es probar, fundamentalmente, las causas justificadas de despido relacionadas con la conducta del trabajador. La empresa requiere contar con toda una organización que se dedique al seguimiento de la conducta del trabajador y a la sanción inmediata de cualquier transgresión, a fin de contar con los medios probatorios suficientes en el caso de una demanda por despido injustificado.

Tal organización sólo es posible en la gran y mediana empresa. Nos preguntamos si la pequeña o micro empresa que tienen que velar día a día por su

195 "Thesaurus Gran Sopena - Sinónimos Antónimos y Asociación de Ideas". Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona 1995, Tomo I, p. 131.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

subsistencia, sus propietarios estarán en la capacidad de incurrir en estos costos para asegurarse de la prueba suficiente en caso de despido de un trabajador.

Es este tipo de normatividad, irreal, la que hace que, por ejemplo, en nuestro país, cerca del 80% de la actividad empresarial sea informal, es decir que ignoren la existencia de los marcos jurídicos que regulan las diversas actividades empresariales.

El otro tema en el cual no se pone mayor énfasis, es reconocer que en la realidad legislativa de los distintos países del mundo y de los propios tratados internacionales sobre esta materia, frente a la violación del derecho a mantener un puesto de trabajo, léase estabilidad laboral o protección contra el despido arbitrario, que repetimos son sinónimos, otorgan las opciones reparatorias antes mencionadas: reposición, o indemnización u otras prestaciones como el seguro de desempleo. De estas opciones, la mayoría absoluta de los países del mundo se ha decidido por la indemnización, antes que por la reposición.

Debemos recordar que la violación del derecho a la estabilidad laboral importa la consumación de un daño, y que conforme a la doctrina uniforme tiene dos maneras de repararse. Como sostiene Zanonni[196], "un modo de hacerlo es a través de lo que se denomina reparación natural o innatura que consiste en la reintegración en forma específica, o reparación en especie. Implica, literalmente volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso", en nuestro ámbito la reposición o reinstalación del trabajador. Según el mismo autor, "El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente o, propiamente, indemnización mediante la cual aunque no se repone o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño: Se tiende, de esta manera, a restablecer el equilibrio patrimonial en función del valor que representa el perjuicio".

La indemnización o indemnidad dice De Cupis[197] "... corresponde a la amplia noción de resarcimiento, entendido como remedio subrogatorio, de carácter pecuniario, del interés lesionado. Según su etimología la indemnización consiste en dejar indemne al perjudicado por reintegrarle pecuniariamente su interés lesionado, con lo que su noción no parece diferenciarse del resarcimiento".

196 ZANONNI, Eduardo A.. El Daño en la Responsabilidad Civil. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 182.
197 DE CUPIS, Adriano. El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Barcelona, 1975. p. 759

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En nuestro ámbito jurisprudencial, la resolución del Tribunal de Trabajo, de 27 de marzo de 1979[198], sostiene "... que la indemnización por despido injustificado tiene carácter de reparación suplementaria a la compensación por tiempo de servicios, que la naturaleza jurídica de esa indemnización especial es una prestación en dinero que el empleador hace a su ex-servidor para reparar en parte el daño causado por la ruptura violenta e injustificada de la relación laboral; que esa indemnización especial tiene además fines de previsión por el tiempo en que el trabajador queda desocupado y sin posibilidad en algunos casos de obtener trabajo adecuado".

Pues bien, el Convenio N° 158 de la OIT, no ratificado por el Perú, pero que indudablemente sirve de referencia por tratarse nada más ni nada menos que de un instrumento que nace del acuerdo entre representantes de los trabajadores, empleadores y de los representantes de los diversos Estados, establece que, si el órgano jurisdiccional llega "... a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada (arbitraria) y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

Adviértase que este Convenio de la OIT permite que sea la legislación de cada Estado la que establezca el tipo de reparación contra el despido injustificado, dando por supuesto, como primera prioridad, la readmisión o reposición, pero, señala que si ella no es posible, porque la legislación opte por la indemnización u otra reparación, entonces para la OIT, estas reparaciones resultan una solución satisfactoria.

En el mismo sentido se pronuncia el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988, aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, por lo que en consecuencia, forma parte de nuestra legislación nacional.

El artículo 6 de este Protocolo, se dedica a desarrollar el derecho al trabajo, estableciendo que "Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".

A su vez, el artículo 7 que regula las "Condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo" determina que los Estados "garantizarán en sus legislaciones nacionales

198 DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. Manual de Jurisprudencia Laboral. H&M Ediciones S.A., Tomo I, p. 94.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de manera particular: ... (d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado (léase arbitrario) el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional." (el paréntesis es nuestro).

Se puede advertir con nitidez que si bien el Protocolo no sólo consagra el derecho al trabajo, sino que obliga a los Estados firmantes del Protocolo a garantizar en su legislación nacional el derecho a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, no es menos cierto que el propio Protocolo, reconociendo que tal derecho a la estabilidad puede ser violado a través de un despido injustificado o arbitrario, que volvemos a repetir son términos sinónimos, consagra, a diferencia del Convenio N° 158 de la OIT, como primera reparación frente a dicho tipo de despido, la indemnización, en segundo, lugar la readmisión en el empleo, y en tercer lugar, cualquier otro tipo de prestación.

En tal sentido, si bien estamos de acuerdo con Carlos Blancas Bustamante[199], que, "en el pensamiento del Protocolo derecho al trabajo y estabilidad en el empleo son conceptos implicantes, siendo el segundo una de las manifestaciones concretas del primero", no compartimos su conclusión según la cual "... se deduce, sin mayor dificultad, que éste instrumento descarta el despido sin causa o ad nutum por ser contrario al derecho al trabajo".

Ya hemos visto que despido arbitrario o ad nutum, viene a ser sinónimo de despido injustificado. No es cierto en consecuencia que el Protocolo de San Salvador descarte el despido sin causa o ad nutum, por cuanto expresamente reconoce la existencia de esta posibilidad cuando se refiere a los casos de despido injustificado, es decir arbitrario o ad nutum, supuesto en que da como solución, también lo hemos dicho, en primer lugar a una indemnización, en segundo lugar a la readmisión en el empleo, y en tercer lugar a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. Este tratado internacional, repetimos, forma parte de nuestra legislación y resulta de vital importancia para el análisis de la forma en que ha resuelto el Tribunal Constitucional la acción de amparo, cuyo comentario motiva el presente artículo, y que trataremos más adelante.

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

199 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Art. cit. pp. 17 y 18.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

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

- El legislador peruano, teniendo precisamente en cuenta que el derecho al trabajo implica su mantenimiento en el puesto ya conseguido, ha legislado para reparar la violación de ese derecho, y lo hace recogiendo lo establecido en el Convenio N° 158° de la OIT, en concordancia con el Protocolo de San Salvador[200].

  En efecto, frente al despido nulo, es decir aquél que viola derechos fundamentales del trabajador, desarrollados en el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la reparación es la reposición, o reinstalación del trabajador, con derecho a todos los salarios caídos, salvo que éste, en ejecución de sentencia, opte por la reposición, en cuyo caso, además de los salarios caídos tendrá derecho a la indemnización que le hubiera correspondido como si se tratase de un despido injustificado o arbitrario.

  El artículo 34 en su primer párrafo establece como premisa general que el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad, no da lugar a pago de indemnización, y el artículo 22 que el motivo alegado para el despido debe ser probado por el empleador.

  El segundo párrafo del artículo 34, en contraposición con el primero, que repetimos se refiere a las causas justas o fundadas para el cese, señala que si éste es arbitrario por no haberse expresado la causa justa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido (hasta doce remuneraciones, a razón de un sueldo y medio por año).

  Puede advertirse que lo que hace el segundo párrafo del artículo 34 no es otra cosa que sostener que si el despido del trabajador no se funda en una causa relacionada con su conducta o capacidad, y si fundándose, no se prueba en juicio, entonces tal despido resulta arbitrario, es decir *ad nutum,* como consecuencia de no haberse expresado causa o, lo que desde nuestro punto de vista es

200 Nótese que el Protocolo de San Salvador es de 17 de noviembre de 1988, pero que fue aprobado por nuestro país, por Resolución Legislativa N° 26448, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de junio de 1995, habiendo entrado en vigencia la Ley N° 26513 el día 29 de julio del mismo año, es decir, poco más de un mes de que comenzara a regir el mencionado Protocolo. La Ley N° 26513 es precisamente la que establece las formas de reparación del despido, en general, y el arbitrario o injustificado, en particular, todavía vigentes pero seriamente cuestionadas por el fallo constitucional.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

igual, no poderse demostrar en juicio; en fin, se trata en genérico de un despido injustificado, violatorio del derecho al trabajo y que debe ser resarcido o reparado en la forma que la legislación lo establezca.

A este contenido, de lo que la legislación considera despido arbitrario, debe agregarse el despido de hecho (art. 45 del D.S. 001-96-TR), así como la violación al mandato del artículo 22 de dicho TUO que exige la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada para cesar un trabajador que haya superado el periodo de prueba (art. 31 del D.S. N° 001-96-TR).

En conclusión, el artículo 27 de la Constitución en perfecta concordancia con el artículo 22 y con lo establecido en el Protocolo de San Salvador que forma parte de nuestra legislación, del Convenio 158 de la OIT que igualmente la inspira, y de la legislación comparada, al delegar al legislador la facultad de otorgar adecuada protección contra el despido arbitrario, no hizo otra cosa que pedirle que legisle conforme a las opciones previstas no sólo en la doctrina sino, en los tratados internacionales de los que el Perú es partícipe. Y el legislador es precisamente lo que hizo al prever una situación mixta que, como ya hemos expresado, se traduce en otorgar reposición en el caso de despido nulo e indemnización en el supuesto de despido injustificado. La norma infralegal es pues perfectamente constitucional.

Sobre este último tema resulta de interés citar a Javier Neves[201] cuando al comentar el proyecto de norma (art. 7 del Proyecto) que luego se transformaría en el artículo 27 de la Constitución de 1993, señala que "... El precepto, en rigor, en nuestra opinión prohíbe, en sí mismo, el despido arbitrario y remite a la ley el establecimiento de un régimen de reparación que considere más adecuado. Esto significa, en primer lugar, que no estaría permitido un sistema de despido libre, en el cual bastaría la simple voluntad del empleador para poner fin a la relación laboral; y, en segundo lugar, que sería igualmente válida la adopción por la ley de la estabilidad absoluta o de la relativa. Lo que se ha recortado, en definitiva, respecto del artículo 48 de la actual Constitución .... es la referencia por la contratación de duración indefinida y la necesaria reposición ante un despido injustificado. El primer recorte carece de sentido, puesto que este propio gobierno ha recogido ese principio en el Decreto Legislativo N° 728 (presunción de contrato a plazo indeterminado). El segundo si tiene un significado, cual es el de permitir al legislador elegir el mecanismo de reparación que estime apropiado, ya sea la reposición o la indemnización. Pensamos que en el actual marco económico y jurídico la forma es acertada por cuanto su apertura permite al Congreso optar entre una u otra reparación ...".

201 NEVES MUJICA, Javier, La Estabilidad y el Proyecto Constitucional, Revista Coyuntura Laboral N° 79, mayo de 1993, p. 2.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

IV. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Los constitucionalistas se encuentran de acuerdo en que la Constitución de un país, no puede interpretarse única y exclusivamente haciendo uso de los métodos de interpretación tradicionales (métodos literal, sistemático, lógico e histórico), toda vez que aquélla reúne características especiales que la diferencian de la ley común.

Según Domingo García Belaúnde[202] tales características son las siguientes: (i) Norma suprema del Estado, por lo que ni en jerarquía ni en alcance tiene igualdad con el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico de un determinado Estado; (ii) Norma cuyo procedimiento de elaboración es distinto a todas las demás, y obedece a una lógica propia. Las normas, sean civiles o penales, son hechas por un legislador, que a su vez las ha recibido, en proyecto, de comisiones o asesorías técnicas. La Constitución, por el contrario, es hecha en un acto constituyente; esto es, en su elaboración existe un procedimiento distinto; (iii) La Constitución se denomina como política pues es una norma que tiene un primordial fin político, ya que se dirige a disciplinar, ordenar y regular el ejercicio del poder en un determinado contorno social; (iv) La Constitución envuelve en su seno determinadas opciones valorativas o axiológicas: Esto es, preferencia que las personas o los conjuntos humanos adoptan, en relación a la manera de ordenarse y alcanzar sus fines. Así, detrás de toda opción política existen opciones valorativas que alimentan dicha opción, y que a su vez se proyectan sobre el entramado social, que en cuanto portador de determinados valores o concepciones del mundo, tratan de influir en el aparato político operándose una suerte de retroalimentación entre unos y otros; (v) La Constitución es un conjunto articulador, la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico; (vi) Las normas constitucionales son normas incompletas, mientras algunas son precisas, otras son flexibles, y otras son vagas o indeterminadas. Desde el punto de vista de su eficacia, pueden ser consideradas como programáticas y operativas.

De las características de la norma constitucional enunciadas por Domingo García Belaúnde, deben resaltarse, con vista a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, que la Constitución tiene un fin primordialmente político, que ha nacido de la voluntad popular, y que por tanto envuelve opciones valorativas que se considera responden a la opción democrática del pueblo en un determinado momento, pero que sin embargo deben proyectarse hacia el futuro y que deberían tener vocación de duración en el tiempo.

202 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. La Interpretación Constitucional, Pensamiento Constitucional, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial PUC, Lima, 1994, pp. 28 y 29.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

También es importante destacar la característica según la cual "la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico", es decir, busca la coherencia jurídica de lo que el pueblo, a través de los constituyentes han expresado en la carta fundamental, siendo obligación de los intérpretes respetar dicha voluntad.

A su vez, Aníbal Quiroga León[203], al referirse a los principios de la interpretación constitucional menciona los siguientes: (i) El principio de la unidad de la Constitución según el cual toda norma constitucional debe interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales; (ii) El principio de concordancia práctica, por el que los bienes jurídicamente tutelados por la Constitución deben coordinarse de tal manera entre sí, que cada uno de ellos alcance efectividad. En caso de colisión, no debe realizarse uno a costa del otro, como producto de una ponderación de bienes precipitada, o, incluso, de una ponderación de valores de signo abstracto. La fijación de límites debe ser siempre proporcionada al caso concreto sin ir más allá de lo necesario para generar la concordancia de uno y otro bien jurídico; (iii) El principio de corrección funcional, según el cual si la Constitución ordena de un determinado modo, corresponde a los titulares de funciones públicas mantenerse dentro de las funciones encomendadas, evitándose desplazamientos en el sistema de distribución de las funciones. Esto es especialmente válido en lo que atañe a la relación entre el legislador y el Tribunal de Garantías Constitucionales; puesto que, a éste, frente a lo que ocurre con el legislador, sólo le corresponde una función de control, le está vedada una interpretación que llevaría a una restricción de la libertad creadora del legislador que excedería de los límites marcados en la Constitución o a una creación a través del propio Tribunal en su tarea interpretativa; (iv) Principio de eficacia integradora, según el cual si lo que concierne a la Constitución es la realización y mantenimiento de la unidad política, ello significa entonces la necesidad de, a la hora de resolver, los problemas jurídico-constitucionales, otorgar preferencia a aquellos criterios que operan positivamente en el sentido de establecer y preservar dicha unidad; y, (v) La fuerza normativa de la Constitución, según la cual la Constitución debe ser actualizada en cuyo caso debe darse preferencia a la hora de resolver los problemas jurídicos-constitucionales a aquellos criterios que, dada una circunstancia concreta procuran a las normas de la Constitución una eficacia óptima en su mejor medida.

De los principios enunciados por Aníbal Quiroga, con miras al análisis de la Resolución del Tribunal Constitucional, debe llamar la atención los de concordancia práctica y de corrección funcional. El primero obliga al Tribunal a interpretar una norma constitucional sin menoscabo de otra, debiendo hacer el mayor esfuerzo para generar la concor-

203 QUIROGA LEÓN, Aníbal. La Interpretación Constitucional. Revista de Derecho PUC N° 39, diciembre 1985. pp. 335 - 338.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

dancia entre una y otra. El segundo, de la mayor importancia, implica que el hecho de que el Tribunal Constitucional sea el "supremo intérprete de la Constitución", no significa que esté por encima de ella y que con sus fallos invada funciones que la propia Constitución ha delegado en otros poderes, como el Legislativo o el Ejecutivo.

En cuanto a los criterios orientadores de la interpretación constitucional, Domingo García Belaúnde[204] señala que: (i) En la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad. Esto significa que la constitucionalidad sólo debe ser planteada en casos muy serios y abordada con la máxima de las cautelas, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema. Con todo, si a pesar de ello surge el problema de la constitucionalidad afectada por una ley, debe asumirse prima facie que la norma es conforme a la Constitución. Si existe duda razonable en torno a la constitucionalidad, entonces debe operar una presunción a favor de la Constitución. Tan sólo cuando la inconstitucionalidad sea notoria y palpable y de alcances graves para el ordenamiento jurídico, habrá que optar por ella. (ii) En caso que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma ... incluso en el caso extremo de encontrar una aparente contradicción, dice García Belaúnde que no hay más alternativa que, con independencia de la ponderación de valores, se salve el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma. (iii) Razonabilidad, que debe primar en cada interpretación, es decir la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo. (iv) Previsión de consecuencias, aspecto importante que hay que tener en cuenta es apreciar las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de éstos ... pero es indudable que no debe ignorarlos. (v) Preferencia por los derechos humanos. Y, (vi) fórmula política, según la cual cada Constitución consagra una determinada fórmula política que en rigor significa un estilo de vida, una concepción de la sociedad y del Estado, y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político... Esta fórmula política es la que inspira al sistema y la que debe tenerse presente de manera relevante en la interpretación constitucional.

Dentro de los criterios enunciados por Domingo García Belaúnde constituyen de la máxima importancia para el análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional los siguientes: Presunción de constitucionalidad de la norma, en este caso del segundo párrafo del artículo 34 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el de previsión de consecuencias, y el de respeto a la fórmula política. Como se verá más adelante, el Tribunal Constitucional no habría tenido en cuenta estos criterios al momento de resolver.

204 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. op. cit. pp. 30 y 31

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

V. ANALISIS DE LA RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE MARZO DE 2003

Tal como manifestamos al inicio de este artículo, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 13 de marzo de 2003, ha creado una nueva doctrina constitucional sobre los alcances del artículo 27 de la Constitución, es decir de lo que debe entenderse como adecuada protección contra el despido arbitrario.

1. Contenido de la Resolución del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, modificando su interpretación de la referida norma constitucional señala que el desarrollo legislativo de la "protección contra el despido arbitrario" debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, es decir que se trate de medidas "adecuadas".[205]

Esta proporcionalidad la visualiza a través de dos perspectivas: (i) Un régimen de protección de carácter sustantivo; y, (ii) Un régimen de protección de carácter procesal.

1.1. Régimen de protección de carácter sustantivo

Este régimen puede contener un tipo de protección "preventiva" del despido arbitrario, es decir que busque evitar o impedir que éste se suscite si es que no media causal y que ésta se pruebe previo procedimiento disciplinario, como sucede, por ejemplo, en el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, o en el ámbito privado cuando se efectúa al trabajador una imputación de cargos a fin de que ejercite su derecho de defensa; o un tipo de protección "reparadora", que se traduce en una compensación económica (indemnización).

Según el Tribunal, este último tipo de protección es compatible con los principios y valores constitucionales, pero ello funciona sólo en aquellos casos en los que el trabajador conforme a su libre albedrío decida que la protección adecuada contra su despido es el pago de su indemnización[206].

Esto sucede a través del cobro de la indemnización una vez ocurrido el despido o a través del inicio de una acción judicial ordinaria con el objeto de exigir el pago al empleador.

205 El Tribunal Constitucional omite valorar que para el Convenio N° 158 de la OIT, y para el Protocolo de San Salvador, la indemnización, así como la reposición u otras formas de reparación consignadas en la legislación nacional, son soluciones adecuadas, y que corresponde a dicha legislación nacional incorporarlas conforme al marco político de cada país.

206 Este criterio es subjetivo, y constituye propiamente una creación del Tribunal Constitucional, pues no responde al mandato del artículo 27° de la Carta, ni al Convenio N° 158 de la OIT, ni al artículo 7° del Protocolo de San Salvador, ni al contenido de la Cuarta Disposición final de la Constitución. Infringe además, a nuestro criterio, los principios de interpretación de las normas constitucionales como son los de: opción valorativa y política de la Carta, de corrección funcional, y de presunción de constitucionalidad de la norma.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Nótese que se trata de una apreciación subjetiva del Tribunal porque la ley no confiere al trabajador la posibilidad de que él elija la forma de reparación del despido, como lo hizo la anterior legislación sobre estabilidad laboral (Decretos Leyes Nos. 18471 y 22126 y Ley N° 24514), lo que pone en evidencia de que se trata de una opción legislativa, más aún si se tiene en cuenta que el Protocolo de San Salvador deja libre a la legislación nacional establecer la forma de reparación de un despido injustificado o arbitrario.

1.2. Régimen de protección de carácter procesal

Este régimen se encuentra íntimamente ligado al régimen de protección sustantivo reparador, siendo parte de él la acción indemnizatoria que se interpone en la vía de la jurisdicción ordinaria laboral, y en donde sólo es exigible una compensación económica (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 38).

Sin embargo, adicionalmente a dichas acciones se puede establecer un régimen de protección jurisdiccional cuya eficacia de resarcimiento sino restitutoria. Es el caso del proceso de amparo constitucional.

El proceso de amparo tiene como finalidad restituir las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho constitucional, por lo tanto a través de él sólo se puede ordenar la reposición en el trabajo y no una indemnización. Tampoco puede cuestionarse en esta vía la existencia de una causa justa de despido.

2. Despidos que justifican reposición

Según la sentencia bajo análisis, la restitución (reposición) en el empleo estaría contemplada por nuestro ordenamiento jurídico en los siguientes supuestos:

a. Despido Nulo

Es el despido que tenga por motivo alguna de las causas previstas en el artículo 29 del TUO de la Ley de Productividad y Competividad Laboral.

b. Despido Incausado

Es el despido que se hace de manera verbal o mediante comunicación escrita sin expresarle al trabajador causa alguna, derivada de la conducta o la labor, que la justifique.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

c. Despido Fraudulento

Se produce cuando: (i) El empleador despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño; (ii) Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; (iii) Se atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente; (iv) Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad; y, (v) Se fabrican pruebas.

3. Vías para accionar

Siempre de acuerdo a la resolución del Tribunal Constitucional, en caso de despido nulo, la restitución podría ser ordenada en la vía ordinaria o en la vía de acción de amparo.

Cuando ocurre un despido incausado (arbitrario) o un despido fraudulento se tendría que accionar vía acción de amparo, a menos que en el segundo caso por especiales circunstancias, la dilucidación de la controversia requiera de medios de prueba. Este criterio sobre la actuación de prueba se encuentra confirmado por la Resolución del Tribunal Constitucional de 26 de Junio de 2003 (Exp. 954-2003-AA/TC Abilio Coello Torres contra CIA General de Bomberos del Perú)[207].

En caso que el trabajador decida solicitar una indemnización por el despido arbitrario deberá accionar siempre en la vía ordinaria.

Debe relevarse que si el trabajador yerra en la identificación de la acción que más conviene a sus intereses puede significar la pérdida total de los sistemas de resarcimiento, debido al plazo de caducidad de la acción en la vía laboral ordinaria.

Así, por ejemplo si el trabajador despedido, animado por la posibilidad de obtener su reposición en el trabajo, opta por la acción de amparo, y ésta es declarada improcedente, por requerirse la actuación de pruebas suficientes, lo que no es posible en dicha vía, entonces habrá perdido la posibilidad de recurrir a la acción laboral ordinaria, porque el plazo de treinta días para interponerla habría caducado. Es decir el trabajador perdió todo. La experiencia indica que una protección mal entendida o una sobreprotección legislativa o en este caso jurisdiccional, puede resultar en todo lo contrario.

A modo de conclusión, el Tribunal Constitucional, con la resolución que se comenta, ha establecido los siguientes criterios:

207 Sin duda que uno de los supuestos que requiere de etapa probatoria es precisamente el despido fraudulento, por lo que debería ser conocido en la vía ordinaria laboral, y no a través de una acción de amparo que no cuenta con ella, y que puede originar un estado de indefensión al demandado y olándose su derecho a debido proceso, que constituye una garantía esencial prevista por el artículo 139, inciso 3 de la Constitución.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

1. La "adecuada" protección contra el despido arbitrario a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no permite al legislador que, de producirse, establezca como única reparación, la indemnización (Fundamento IV 11).

2. El despido arbitrario, es decir fundado exclusivamente en la voluntad del empleador, es nulo (Fundamento V. 15).

3. La decisión de optar por la indemnización o la reposición corresponde al trabajador (Fundamento IV. 12. a. 2).

4. En caso el trabajador opte por la indemnización y tenga derecho a ella, debe recurrir exclusivamente a la justicia laboral ordinaria, no así a la constitucional. La jurisdicción ordinaria, en este caso, no puede ordenar la reposición pues no tiene facultad para ello. (Fundamento IV13b1).

5. Si el trabajador opta por la justicia constitucional, vía acción de amparo, ésta es restitutoria, es decir repone las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, con lo cual podrá lograr la reposición en el trabajo. (Fundamento IV. 13. b. 2).

6. Si la dilucidación de la controversia requiere de etapa probatoria, entonces, necesariamente el trabajador deberá recurrir a la vía ordinaria y no a la constitucional porque esta carece de dicha estación. El Tribunal Constitucional la declarará improcedente (Fundamento VI. 19 in fine).

7. En los casos de nulidad de despido previstos por la legislación, tanto la justicia ordinaria como la constitucional son competentes, a opción del trabajador[208].

208 Una pregunta que surge de esta conclusión consiste en si el Tribunal Constitucional se encuentra facultado para declarar la nulidad de un despido. Téngase presente que la acción de amparo tiene por objeto reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (artículo 1 de la Lev N° 23506). Tal facultad no significa que el acto sea nulo per se, porque la nulidad tendría que encontrarse prevista en alguno de los supuestos del artículo 219 del Código Civil, entre ellos el inciso 7 "El acto jurídico es nulo: .... cuando la ley lo declara nulo". Que es el supuesto de los casos de nulidad de despido en materia laboral, que debe tramitarse en la vía procesal correspondiente, es decir, a través del proceso ordinario laboral
El término reponer significa "volver a poner, constituir, colocar a alguien o algo en el empleo, lugar o estado que antes tenía", es decir, volver a colocar en el empleo a quien lo había perdido por decisión de su empleador, en tanto que el acto jurídico nulo significa que este nunca existió. No hemos encontrado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional facultad alguna que permita a dicho órgano declarar la nulidad de actos jurídicos. Ello corresponde a la justicia ordinaria. Y sólo en los casos taxativamente previstos en el artículo 219° del Código Civil. A la justicia constitucional en materia de amparo, le corresponde dilucidar si un determinado acto constituye una amenaza o violación de un derecho constitucional y si llega a tal convicción, entonces, sin pronunciarse sobre la validez o no del mismo (que pudo dictarse, por ejemplo, en cumplimiento de una norma reglamentaria que goza de la presunción de legalidad, pero que sin embargo transgrede a la norma reglamentada y por ende infringe la Constitución), repone las cosas al estado anterior de la amenaza o violación.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

8. En consecuencia, la vía de amparo procede, a decisión del trabajador, en los siguientes casos: (i) despido nulo, (ii) despido incausado o arbitrario; y, (iii) despido fraudulento, (basado en el engaño, o cuando se le imputa hechos notoriamente falsos o se le atribuye una falta no prevista legalmente) (Fundamento IV. 15).

4. Criticas a la Resolución del Tribunal

Una primera crítica consiste en que el Tribunal Constitucional considera, infundadamente, que el derecho al trabajo previsto en la Constitución, no puede tolerar que la reparación al despido arbitrario o injustificado sea exclusivamente la indemnización, pese a que la propia Constitución en su artículo 27 delega a la ley la forma en que debe repararse tal daño. Constituye una interpretación exagerada sostener que el legislador debió otorgar, inevitablemente, la facultad al trabajador de escoger la vía reparatoria de su despido. Ni la legislación comparada y menos los convenios internacionales como el Protocolo del San Salvador, lo exigen. En consecuencia, el Tribunal se ha excedido por cuanto ha resuelto en contravención del mandato que le impone la Cuarta Disposición Final de la Constitución, según la cual las normas relativas a los derechos que la Carta reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú, es adicional a dicha Convención.

Como consecuencia de lo anterior, el segundo error consiste en que el Tribunal Constitucional considera que la indemnización por despido arbitrario o injustificado establecida por la ley no constituye una "adecuada" protección contra el despido, cuando el Convenio Nº 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador, cuyo contenido obligatoriamente debe ser observado para interpretar las normas de nuestra Constitución, establecen como idóneas cualquiera de las formas tradicionales de reparación del daño: la restitución o reposición, la indemnización o cualquier otra forma prevista libremente por cada legislación nacional. Además la mayoría absoluta de las legislaciones del mundo igualmente contempla la indemnización como una fórmula adecuada de reparar un despido injustificado o arbitrario.

Un tercer error en el que incurre el Tribunal Constitucional consiste en otorgar al trabajador la opción de elegir la reparación cuando legalmente no ha sido prevista, salvo en el caso del despido nulo. Aquí el Tribunal en el fondo lo que ha hecho es legislar, cuando no tiene facultad para ello.

Un cuarto error en el que incurre el Tribunal, y no por ello menos importante consiste en aplicar indebidamente la Cuarta Disposición Final de la Constitución cuando esta ordena al Tribunal Constitucional interpretar las normas relativas a los derechos conforme a los tratados internacionales, entre ellos el Protocolo de San Salvador.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional con dicha Resolución ha modificado, sin motivación expresa, precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal que reconocían la constitucionalidad del artículo 34 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece como reparación al despido arbitrario, la indemnización.

En efecto, el 10 de agosto de 1999, en la Acción de Amparo N° 441-99-AA/TC iniciada por don Luis Alberto Pareja Pino contra ALCATEL del Perú S.A., el Tribunal Constitucional en el Tercer Fundamento señala: "Que, tal como lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la empresa demandada ha hecho uso de la facultad que le permite concluir el vínculo laboral con el demandante, aceptando como penalidad el pago de la indemnización antes citada, decisión que se encuentra arreglada a la legislación vigente". La acción de amparo fue declarada improcedente.

En la sentencia de 16 de junio de 2000, recaída en la Acción de Amparo N° 1065-99-AA/TC iniciada por don Abel Heraclio Falconí Pasapera contra CORDELICA, el Tribunal estableció en sus Fundamentos 2, 3, 4 y 5 lo siguiente: "2. Que el artículo 27 de la Constitución Política del Estado prescribe que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. 3. Que el segundo párrafo del artículo 34 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 ... dispone que cuando el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido, pudiendo demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. 4. Que, en la contestación de la demanda, la emplazada expone que el despido del demandante fue una decisión unilateral de la Corporación y, por tanto ha procedido con arreglo a la segunda parte del artículo 34 ... antes citado, por lo que adjunta una liquidación comprendiendo la respectiva indemnización por despido y otros beneficios sociales, que aún no se ha hecho efectiva. 5. Que no se ha vulnerado, en consecuencia, ninguno de los derechos constitucionales invocados por el demandante". El Tribunal Constitucional declaró infundada la acción de amparo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional mediante resolución de 13 de octubre de 2000, recaída en la Acción de Amparo N° 820-2000-AA/TC seguida nada menos que por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú, aduciendo exactamente las mismas transgresiones constitucionales al derecho al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, en los fundamentos 3 y 4 sostiene lo siguiente: "3. Que, de autos se advierte que la demandada cursó a los trabajadores ... las cartas ... mediante las cuales les comunicó su cese laboral... 4.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Que, estando a lo glosado ... es de advertirse que la demandada ha hecho uso de una facultad que le permite concluir el vínculo laboral con sus ex-trabajadores, aceptando como penalidad el pago de la indemnización antes mencionada, no habiendo invocado como sustento causa alguna vinculada a la conducta o capacidad de los entonces trabajadores, en cuyo caso, la emplazada hubiera estado en la imperiosa obligación de seguir el procedimiento previsto en el artículo 31 de la acotada norma legal, lo cual hubiera permitido una evaluación del hecho concreto, que pudiera ser catalogado como lesivo o no de alguno de los derechos de rango constitucional, ... susceptible de ser reparado en la vía procesal de la acción de amparo.". El Tribunal Constitucional declaró improcedente la acción.

Al inicio de este artículo manifestamos que conforme al artículo 9 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, los jueces que quieren separarse de la jurisprudencia obligatoria se encuentran en el deber de explicar las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución, lo que no ha sucedido en la que es motivo de nuestro comentario.

5. Consecuencias de la aplicación de la resolución del Tribunal Constitucional

Efectuado el análisis de la resolución del Tribunal Constitucional del 13 de marzo de 2003, reiterada en fallos posteriores como la sentencia de 28 de mayo de 2003 (Exp. 963-2002-AA/TC), pueden extraerse las siguientes consecuencias:

a. En los hechos

Al interpretar erróneamente que en caso de despido, corresponde al trabajador optar entre la indemnización o la reposición, se ha regresado a la estabilidad conocida como absoluta en el ámbito privado de los años setenta del siglo pasado. Incluso en materia de trabajadores de dirección, al Decreto Ley N° 18471 que no contemplaba, como lo hicieron las demás leyes, un tratamiento distinto para este tipo de trabajadores que sólo estaban protegidos con el pago de indemnización en caso de despido injustificado. Con la nueva doctrina instaurada por el Tribunal Constitucional, los trabajadores de dirección despedidos arbitraria o injustificadamente, igualmente tendrían derecho a la reposición, lo cual puede llevar a situaciones inmanejables, agudizando la inseguridad jurídica sobre materia de despidos en el país.

b. En las relaciones laborales

(i) Sólo se aplicará al 15% de la empresas formales en el país, (ii) Enturbiará el ambiente laboral al tenerse que implementar políticas que documenten la conducta de los trabajadores a fin de contar con pruebas para el

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ceses colectivos.

c. En la formalización de empresas

(i) Nuevo obstáculo a la formalización de las empresas informales que son una absoluta mayoría en nuestro país; y, (ii) Incremento de la informalidad y con ello de la desprotección de los trabajadores a quienes no les alcanza el derecho de trabajo y de la seguridad social.

d. En la competitividad las empresas nacionales vs. las extranjeras en el comercio internacional

(i) Sobrecostos por encarecimiento del despido; y, (ii) Baja en la productividad.

e. Para la inversión

(i) Creciente dificultad para explicar al futuro inversionista cual es el régimen legal de cese del personal, (ii) Desconfianza en la justicia constitucional de nuestro país; y, (iii) El Perú frente al contexto internacional será menos atractivo, por lo que en condiciones similares, el inversionista probablemente elegirá otro país.

f. En el empleo

(i) Si disminuye la inversión disminuirán las posibilidades de generar nuevos empleos, (ii) Afectará y restringirá la contratación directa, (iii) Se preferirá la intermediación laboral y los contratos a plazo fijo; y, (iv) El desempleado o sub-empleado tendrá mayor dificultad para encontrar un empleo decente.

g. En la recaudación fiscal

Al dificultarse la formalización de las empresas informales, la posibilidad de un incremento del universo de contribuyentes se frustrará y con ello, la posibilidad de mejorar la recaudación fiscal.

h. Desarticulación de la justicia laboral

(i) "Amparización" de los conflictos laborales: se preferirá la vía del amparo a la ordinaria laboral, (ii) La justicia laboral, especializada, resolverá menos

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

controversias que corresponden a su materia, (iii) La justicia civil, no especializada en lo laboral, atenderá más controversias de materia laboral, con lo cual se incrementarán los errores judiciales, se generará inseguridad jurídica; y, se lesionará gravemente la predictibilidad de la justicia laboral en el país; y, (iv) Se vulnerará el derecho al debido proceso al ventilarse conflictos laborales que por su propia naturaleza requieren de etapa probatoria en una vía como la de amparo, que no la contempla, correspondiendo al criterio del Tribunal, en cada caso, resolver si es o no necesaria la actuación de pruebas adicionales a las documentales presentadas.

i. Para el trabajador

Frente a un despido injustificado o arbitrario el trabajador tendrá que realizar una evaluación sumamente delicada y especializada, respecto de la cual no siempre está en la capacidad de efectuarla, pues de optar por la reposición vía acción de amparo, si el Tribunal Constitucional finalmente considera que se requieren pruebas para acreditar su derecho, entonces la demanda será declarada improcedente, con el consiguiente riesgo de perder la indemnización que normalmente le hubiera correspondido, de haber recurrido a la jurisdicción laboral.

6. Posibles soluciones.

La primera consistiría en que el propio Tribunal, volviendo a estudiar el tema con la profundidad que merece, modifique su pronunciamiento. Es el único que lo puede hacer, porque debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 9 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo permite a los jueces separarse motivadamente de los criterios vinculantes, ello resulta cuando menos discutible respecto de los pronunciamientos generales emitidos por el Tribunal Constitucional, porque la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no les concede tal facultad, en consecuencia sólo el Tribunal podría variar de criterio.

La segunda solución estaría dada por la nueva regulación constitucional que se dicte sobre esta materia en la cual se efectúen las precisiones que se requieran para garantizar una sola e inequívoca interpretación sobre las formas de reparar el despido injustificado o arbitrario.

Una tercera solución consistiría en que se dicte la aún pendiente Ley Orgánica que regule la acción de amparo en la que se establezca su carácter residual y no alternativo, de tal manera que sea la justicia laboral ordinaria la que resuelva estos conflictos de intereses. Una alternativa a esta propuesta es que se modifique la actual Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Los supuestos de reposición en el despido individual (La tipología del Tribunal Constitucional)

Elmer Guillermo Arce Ortiz
Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz
Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si bien la extinción del contrato de trabajo puede derivar de distintas causas, tales como circunstancias objetivas que impiden la continuidad del vínculo laboral o la voluntad de las partes (ya unilateral, renuncia o despido, ya bilateral, por mutuo acuerdo), es evidente que de todas éstas, la que revela un mayor grado de posible arbitrariedad es el acto de resolución unilateral del empresario o también llamado despido. No habría razón de identificar el despido individual con cierto margen de arbitrariedad, en caso aquél respetara siempre el principio de existencia de causa justificada para la terminación. Sin embargo, la legislación peruana actual admite el comportamiento arbitrario del empleador como un comportamiento eficaz, aunque a la vez lo sancione con el pago de una indemnización tasada. Y ello, particularmente en función a dos consideraciones: de un lado, el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), haciendo uso de las facultades delegadas en el artículo 27 de la Constitución, señala que el despido tendrá efectos jurídicos aun cuando no respete el principio de causalidad; mientras, de otro lado, el artículo 32 de la LPCL reconoce que con la sola comunicación del acto de resolución y el pago de la indemnización respectiva, éste tendrá efectos inmediatos, pues el vínculo se extingue sin perjuicio de la impugnación judicial posterior.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

De este modo, en el ámbito de esta opción político-organizativa del sistema jurídico laboral, al Tribunal Constitucional le preocupa que tras la «arbitrariedad» de un despido, se encubra una lesión a la constitucionalidad. A la inversa, si la arbitrariedad del despido no tiene relevancia constitucional, esto es, no afecta ningún derecho de nivel constitucional del trabajador, este podrá recién ser terreno abonado para la actuación del legislador como garante de los derechos laborales contra el despido arbitrario (artículo 27 Const). Esta lógica, la de impedir que el despido arbitrario afecte derechos constitucionales, es la que el Tribunal Constitucional utiliza como punto de partida de sus reiteradas sentencias. En la creación de nuevos supuestos de reposición frente al despido individual, el Tribunal no hace otra cosa que introducir los derechos constitucionales como una nueva variable al conflicto de intereses tradicional en el despido (léase, necesidad de permanencia del trabajador en su puesto y facilidades de ajustar el número de trabajadores a los cambios del mercado).

1. LA REPOSICION COMO EFECTO INVARIABLE DE LOS DESPIDOS LESIVOS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Tras la literalidad del artículo 27 de la Constitución, «la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario», se ha pretendido sustentar la libertad del legislador en la determinación del contenido de dos conceptos. De un lado, la «adecuada protección» dependerá de la discrecionalidad del legislador laboral, razón por la cual bien se puede optar por una protección preventiva del despido (despido propuesta) o bien por una protección reparadora (ya en términos indemnizatorios o ya restitutorios). Sin embargo, de otro lado, este artículo parece reconocer al legislador laboral también la prerrogativa de definir el concepto de «despido arbitrario», con lo cual se podría llegar al absurdo que un despido inconstitucional sea convertido en meramente arbitrario porque así lo quiso el legislador o, aún más, dispensar de distintos niveles de protección a los derechos reconocidos en la Constitución.

Es evidente que más que en la «protección adecuada» contra el despido, el problema de la discrecionalidad del legislador se plantea de cara al concepto de «despido arbitrario». El concepto de despido arbitrario no puede ser construido al margen del respeto a los derechos constitucionales, pues ello implicaría la desobediencia del legislador a la norma fundamental. Entiéndase, éste no es un concepto autónomo. Por ello, la delimitación de su contenido no debe hacerse desde la legalidad ordinaria, sino desde la propia Constitución. Es decir, como ya se dijo en otra oportunidad, primero habrá de analizarse la compatibilidad constitucional del despido y luego, descartada cualquier contradicción, se puede admitir la arbitrariedad del mismo[209].

209 ARCE ORTIZ, Elmer. La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido, En, Asesoría Laboral, mayo 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Ahora bien, diferenciado el concepto de despido arbitrario y del despido inconstitucional, resta aclarar sus respectivos efectos. Primero, en el despido arbitrario, según el propio artículo 27 de la Constitución, el mecanismo de protección será el que disponga el legislador ordinario. Esto es, bien puede ser un mecanismo preventivo de protección o un mecanismo reparador del despido (indemnización o reposición). No obstante, en segundo lugar, el efecto natural de todo despido infractor de la constitucionalidad no es otro que la declaración de nulidad del acto extintivo. En consecuencia, se debe reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho, lo cual implica readmitir al trabajador en su puesto, impidiendo así que el acto extintivo surta efecto sólo a cambio de una indemnización[210].

Como se ve, la idea fuerza que está tras esta postura de declarar la nulidad del despido contrario a derechos constitucionales, es la de impedir que la violación de derechos constitucionales se compense con dinero. Los derechos constitucionales tienen una trascendencia excepcional en cualquier ordenamiento jurídico, pues son pilares básicos sobre los que se asienta el Estado democrático y social (artículo 43 Const.). Claramente, lo ha destacado el profesor español Gorelli Hernandez en cuanto ha señalado «...que la nulidad por discriminación o por violación de un derecho fundamental no es una opción para el legislador, sino que es un efecto directamente deducible de la Constitución...»[211]. Es por eso, como afirma Fix Zamudio, que la naturaleza indisponible de los derechos constitucionales requiere de una protección especial, por cuanto debe asegurar «la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos derechos de carácter patrimonial, aquellos derechos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalente»[212].

En efecto, éste ha sido también el razonamiento del Tribunal Constitucional peruano en reiteradas sentencias. Ha dicho con toda rotundidad que «la pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos, deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad del empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes» (Sentencia del TC, de 13 de marzo del 2003, Exp. 976-2001-AA/TC). En algunas ocasiones, el Supremo Tribunal ha sustentado la

210 En el mismo sentido, y según la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española, el despido será nulo cuando se produzca «con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», Ver, MARTIN VALVERDE, Antonio y Otros. Derecho del Trabajo, Madrid, 2001, p.724.

211 GORELLI HERNANDEZ, Juan. Supuestos de readmisión en el despido, Madrid, 1996, p.82

212 FIX ZAMUDIO, Héctor. La protección jurídica y procesal de los derechos constitucionales ante las jurisdicciones nacionales, Madrid, 1982, p. 49.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

declaración de nulidad de los despidos lesivos de derechos constitucionales en el artículo 23 de la Constitución, que prohibe cualquier limitación en el ejercicio de estos derechos o cualquier disminución de la dignidad del trabajador (Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Sindicato de Telefónica del Perú S.A., Exp. N° 1124-2001- AA/TC), y en otras lo ha hecho recurriendo al artículo 51 de la misma donde se reconoce el principio de jerarquía normativa (Sentencia del 13 de Marzo de 2003, Exp. 976-2001-AA/TC)

En conclusión, más que al mismo despido, la jurisdicción constitucional persigue el resultado inconstitucional del mismo. Esto no quiere decir que la figura del despido arbitrario sea un concepto en extinción, en la medida que una opción de ese tipo dejaría sin contenido al artículo 27. El despido arbitrario sigue existiendo, sin embargo su operatividad se restringe a todo ámbito desprovisto de relevancia constitucional. Por eso, cada vez que se produzca un despido habrá que enjuiciarlo primero desde una lógica constitucional; sólo después de descartada cualquier afectación constitucional, recién se podrá discutir la arbitrariedad del acto extintivo[213].

2. SUPUESTOS DE REPOSICION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

La preponderancia de la jerarquía constitucional sobre las decisiones del legislador ordinario, permiten sistematizar distintos casos de despidos a los que les corresponde la declaración de nulidad y la consiguiente reposición del trabajador. Como se puede imaginar, el abanico de tipologías que se pueden extraer de los despidos inconstitucionales es tan amplio que excedería las pretensiones de este trabajo. Por ejemplo, se puede sistematizar en función a la naturaleza del derecho violado, algunos de carácter sustantivo y otros de orden procesal, o quizá en función a la vía procesal utilizada para la impugnación judicial del despido, ya sea por intermedio de una acción de amparo o ya sea mediante una vía ordinaria de protección de derechos constitucionales (despido nulo, artículo 29 de la LPCL).

No obstante la diversidad de opciones, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13 de Marzo de este año (Exp. 976-2001-AA/TC) crea una tipología que sistematiza los supuestos de reposición, en función a los derechos constitucionales que buscan cautelar. Por eso, los efectos restitutorios del despido inconstitucional se generan en los tres casos siguientes: «Despido nulo», como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como la prohibición de discriminación, igualdad de oportunidades y libertad sindical; «des-

213 En términos similares, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, El despido en el Derecho Laboral Peruano, ARA editores, Lima, 2002, p. 287 ss.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pido incausado», a efectos de cautelar la vigencia el derecho al trabajo, y «despido fraudulento», con el propósito de cautelar tanto el derecho al trabajo como el debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Sin duda la clasificación busca cubrir todos los supuestos en los que el despido lesiona derechos constitucionales del trabajador, sin embargo no lo consigue del todo. Y ello, básicamente a nuestro juicio por dos razones. Primero, mientras en el despido llamado «incausado» como en el «fraudulento» se alude a una característica del propio despido, en el nombre «despido nulo», en cambio, se toma como referencia el efecto de su declaración judicial. Si se mira bien, el efecto de la nulidad del acto es un efecto natural que corresponde a todos los despidos inconstitucionales, incluyendo el que no tiene causa y el fraudulento. Es decir, las tres modalidades de despido que menciona el Tribunal bien pueden ser reconducidas a una sola categoría: la de ser nulos. Entonces, partiendo de la configuración del despido, de su etiología, el supuesto «despido nulo» es en realidad un supuesto de «despido motivado en derechos constitucionales». Segundo, el despido motivado en derechos constitucionales a que hace alusión la sentencia sólo protege ciertos derechos, esto es, sólo los derechos mencionados en el listado del artículo 29 LPCL. ¿Y qué sucede, entonces, con los derechos constitucionales violados en un despido pero que no están enumerados en el mencionado artículo 29?. Esta sí, es una grave omisión en la construcción del Tribunal Constitucional, que habrá de subsanarse añadiendo un supuesto más de reposición a los ya enunciados. El cuarto supuesto será, por ende, el «despido motivado en derechos constitucionales excluidos del ámbito de protección del despido nulo».

A continuación, analizamos cada uno de los supuestos de reposición:

2.1. Despido motivado en derechos constitucionales incluidos en el despido nulo

2.1.1. Concepto

La decisión empresarial de despedir, al depender únicamente de la voluntad unilateral del empleador, puede perseguir, de forma patente o encubierta, una finalidad inconstitucional. Para que se produzca este supuesto de reposición, el despido habrá de evidenciar, desde su raíz u origen, un móvil empresarial contrario a derechos subjetivos del trabajador, pertenecientes a la esfera constitucional. Sin embargo, se debe advertir que por obra del legislador labo-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ral, en este supuesto, la protección de la constitucionalidad se restringe sólo a ciertos derechos. Y estos derechos, serán los mencionados en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Toda vez que el despido de un trabajador no cuente con una causa legítima de extinción[214] y, además, tenga por motivación su condición de afiliado a un sindicato o su participación en actividades sindicales (inciso a), su condición de representante de los trabajadores (inciso b), su calidad de demandante en una queja o proceso seguido contra el propio empleador (inciso c), un factor prohibido de discriminación como lo es el sexo, la raza, religión, condición política, etc. (inciso d), su estado de embarazo (inciso e), el ser portador del virus VIH (Sida) (Ley 26626) o el ser incapacitado (Ley 27050), el despido habrá de declararse «nulo» por contravenir derechos constitucionales.

Llama la atención, en este supuesto, la naturaleza taxativa del listado o su carácter de «lista cerrada», más aún si el artículo 52 del reglamento de la ahora Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR) requiere que cuando menos uno de los motivos prohibidos de despido a que se refiere la Ley, sea expresamente invocado y acreditado por el perjudicado como razón del mismo. Llama la atención, decimos, porque el marco de derechos reconocidos en la Constitución es mucho más extenso que los listados en el artículo 29. No es fácil encontrar una razón a este evidente recorte, pues el artículo 29 pudo declarar la nulidad del despido que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador como lo hace la legislación española, si no es trasladándonos al artículo 5° del Convenio 158 de la OIT, sobre Terminación de la Relación Laboral, cuya literalidad es muy similar, por no idéntica, a la del artículo 29.

2.1.2. Vía procesal de impugnación

Desde la perspectiva de este trabajo, la figura del despido nulo por el legislador laboral, resulta no ser más que la apertura de un cauce procesal es-

214 Requisito previo para la declaración de nulidad de un despido es que éste no tenga una causa justa, ya porque no se imputa o ya porque la imputada no se llega a probar en juicio. De lo contrario, de quedar acreditada la existencia de causa, no podrá declararse la nulidad del despido, puesto que la ruptura del vínculo hubiera ocurrido de todas formas. Es decir, «aun puesta entre paréntesis la concurrencia del ejercicio del derecho constitucional en el caso concreto, la extinción del contrato de trabajo hubiese ocurrido igualmente» (ARCE ORTIZ, Elmer. La Nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, Lima, 1999, p. 278).
Así, lo ha entendido también nuestra jurisprudencia nacional: «en el presente caso, la demandada no ha adjuntado pruebas suficientemente idónea y fehaciente, a efectos de justificar la decisión de despedir a la actora (...) [por lo que tras acreditar la participación en actividades sindicales] la medida de despido resulta nula, por cuanto no se ha probado la comisión de la falta imputada....» (Sentencia de la Corte Superior de lima de 27 de Junio de 1997 –Exp. 2615-97-ND).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pecífico y ordinario para la tutela de determinados derechos reconocidos en el texto constitucional. Esto es, el trabajador que alegue la violación de uno de los derechos reconocidos en el artículo 29 deberá presentar su demanda ante el juez laboral (artículo 4.2.a de la Ley Procesal del Trabajo).

Ahora bien, es cierto que esta vía de impugnación pone énfasis en el despido como acto propiamente empresarial que viola la constitucionalidad. Esto es, el legislador laboral organiza un sistema de impugnación donde el centro de gravitación es el despido. Sin embargo, qué sucede si el despido como acto pasa a un segundo plano y se analiza más bien el efecto del despido lesivo, esto es, la violación de derechos constitucionales. En este caso, habrán de operar sin lugar a dudas las garantías que la propia Constitución instaura en su artículo 200 para su autodefensa.

La acción de amparo, que será la vía procesal correspondiente para tutelar los derechos mencionados en el artículo 29 LPCL, procede contra hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales. Es decir, del propio mandato constitucional, recogido en el inciso 2 del artículo 200, se deduce que ante cualquier violación de derechos constitucionales procede la acción de amparo. La Constitución no hace distinción y menos aún invita a pensar que la presencia del despido nulo como vía procesal ordinaria sustituye la protección que brinda la jurisdicción constitucional.

A mayor abundamiento, la Ley 23506 en su artículo 6 inciso 3 señala que es improcedente la acción de garantía recién «cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria». Por el contrario, será procedente la acción de amparo siempre que todavía no se haya recurrido a la vía judicial ordinaria. Esta postura interpretativa, hay que resaltarlo, ha sido acogida por el propio Tribunal Constitucional. En su Sentencia de 13 de Marzo, afirma con toda claridad: «este Tribunal Constitucional no comparte el criterio sostenido por la demandada según el cual el amparo no es la vía idónea para resolver esta controversia, pese a haberse alegado la violación de un derecho constitucional, pues el ordenamiento ha previsto que tal tipo de problemas pueden (o deben) resolverse mediante los procesos laborales. Como se ha indicado, un problema de la naturaleza que ahora tiene que resolver el Tribunal bien puede resolverse o a través del amparo, con las limitaciones que le son propias, o mediante los procesos ordinarios, con las notas que son propias de la protección jurisdiccional ordinaria» (Fundamento 9).
De esta forma, ambas vías de naturaleza distinta, una constitucional y la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

otra laboral, una extraordinaria y la otra ordinaria, tienen en común la persecución de derechos de orden constitucional. El agraviado por un despido inconstitucional podrá optar libremente por una u otra vía, con la condición de que si acude a la vía ordinaria, con posterioridad ya no podrá utilizar la acción de amparo.

Finalmente, un pequeño comentario al tema probatorio del despido motivado en los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 29. Tanto en la vía ordinaria del «despido nulo» como en el amparo, la carga de la prueba recae sobre el trabajador que alega que el despido se basa en motivos prohibidos. Sin embargo, el problema no está tanto en que el trabajador sea quien debe probar su alegato, sino en la dificultad probatoria del hecho discriminatorio o lesivo de derechos constitucionales en los casos de actuaciones empresariales «subyacentes» o «encubiertas». En estos casos, el motivo prohibido será virtualmente indemostrable[215]. Es por ello que, esta dificultad en la prueba, debe ser paliada con la búsqueda de mecanismos facilitadores que tiendan a «atenuar» o «reducir» (no desaparecer) la carga probatoria del hecho lesivo. Tales mecanismos, bien pueden consistir en la construcción de presunciones legales o judiciales o en la admisión de indicios[216]. Ahora bien, una vez probada la afectación de un derecho constitucional, el empleador tiene dos opciones: o probar que la causa justa de despido que alegó se produjo en la realidad o probar que la motivación del despido fue ajena a toda motivación inconstitucional. Serían los dos supuestos en que el empleador pueda desvirtuar la prueba de presunciones o de indicios que presentó el trabajador.

2.2. Despidos motivados en derechos constitucionales excluidos del despido nulo

2.2.1. Concepto

Dado que el artículo 29 reconoce la nulidad del despido basado en ciertos derechos constitucionales, el siguiente supuesto de reposición cautela los derechos excluidos de este ámbito de protección. Ahora bien, la tendencia delimitadora del ámbito de operatividad de la figura del despido nulo, puede ser sistematizada, a nuestro juicio, desde dos niveles.

El primer nivel de exclusión, de actuación horizontal, está conformado por

215 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, La estabilidad laboral en la Ley de Fomento del Empleo, En, Asesoría Laboral, Lima, junio 1992, p. 34.

216 Sobre el tema de «aligerar» la prueba en los despidos inconstitucionales, Ver, MONEREO PEREZ, José Luis, La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales, Valencia, 1996. En nuestro medio, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, La prueba en el despido nulo en la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema, En, Despido Nulo, Cuadernos Jurisprudenciales publicados por Gaceta Jurídica, Lima, junio 2001, pp. 8 ss.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

todos los derechos constitucionales del trabajador, no señalados como motivos prohibidos en el artículo 29 de la LPCL. Destacan en este nivel, por ejemplo, el derecho al honor, a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, a la dignidad, etc. Asimismo, no es difícil identificar un segundo nivel de exclusión, por el contrario de acción vertical, que se inserta en la protección defectuosa de los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 29; de ahí que, la desprotección de algunos aspectos del contenido de estos derechos deje abierta la duda acerca de si corresponde acudir a la vía del despido nulo cuando se vulnera un aspecto «no protegido» del derecho. Piénsese, por ejemplo, en un despido discriminatorio basado en un factor diferencial prohibido en la Constitución mas no en la Ley.

2.2.2. Vía procesal de impugnación

Como ya se dijo, frente a una afectación de un derecho constitucional por la vía de un despido, cabe interponer una acción de amparo con el propósito de «reponer las cosas al estado anterior a la violación». Obviamente, en este supuesto de reposición no existirá vía ordinaria alternativa al amparo.

Es necesario aclarar, que la inexistencia de vía ordinaria para defender las exclusiones del artículo 29, básicamente por la reducción del ámbito de actuación del despido nulo, no puede entenderse como una opción legislativa que pretende diferenciar los efectos de un despido inconstitucional. Es decir, el legislador no puede irrogarse la facultad de proteger con la declaración de nulidad algunos actos inconstitucionales, para derivar al «despido arbitrario» la protección de los demás derechos de orden constitucional. Ello es ilógico desde todo punto de vista, en la medida que la violación de un derecho constitucional no puede ser compensada sólo por monedas o por el pago de una prestación económica, como ocurre cuando se declara la mera arbitrariedad del despido.

El mismo Tribunal Constitucional ha sido enfático en reconocer que la importancia del vehículo empleado (el despido) no puede ocultar la extraordinaria relevancia constitucional del resultado ilícito perseguido a través de él (la violación del derecho fundamental). Así, ha dicho que «no realiza en el presenta caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos por el artículo 67 del TUO de la Ley de Fomento del Empleo, para que pueda discutirse si procede su reposición o indemnización; sino la evaluación de un acto, el despido que eventualmente resulte lesivo de derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso Cossio, Exp. N° 1112-98-AA/TC,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Fundamento 2). Y más recientemente, ha señalado el mismo Tribunal «la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer ni disminuir la dignidad del trabajador (artículo 23). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia interprivatos de los derechos constitucionales» (Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso Sindicato de Telefónica del Perú S.A., Exp. N° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 7). Obsérvese, más que el mismo despido, se persigue el resultado inconstitucional del mismo.

2.3. El despido incausado

2.3.1. Concepto

El tercer supuesto de reposición prohibe el despido que no imputa causa alguna al trabajador. Es decir, no proscribe el despido que notificado mediante una carta alega al menos una causa, aunque ésta posteriormente no sea probada en juicio (que, por lo demás, es actualmente el contenido del «despido arbitrario»)[217], sino declara la nulidad del despido sin carta (verbal o tácito) o del despido que teniéndola no revela la causa del mismo.

El despido incausado vulnera, entre otros derechos, el derecho al trabajo (artículo 22 Const.) y el derecho de defensa (artículo 139 inciso 14 Const.). Respecto al primero de ellos, como es bien sabido, el artículo 22 de la Constitución enuncia que «el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona». Sobre el derecho al trabajo, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial de este derecho implica dos aspectos: «El acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa» (Sentencia de 11 de Setiembre de 2002, Caso Telefónica, fundamento 12) [218]. Es más, dado que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretan conforme a los Tratados de Derechos Humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria), es necesario recurrir al Protocolo de «San Salvador»

217 Ante la proscripción del despido sin causa, el único contenido del «despido arbitrario», según el artículo 34 de la LPCL, es el del despido que tiene causa aunque luego ésta no puede ser probada en juicio.

218 Para un análisis más amplio de estos dos aspectos del derecho al trabajo, GORELLI HERNANDEZ, Juan, El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria, Madrid, 1995, pp. 40-46.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

puesto que aquél en su artículo 7 precisa el contenido del mencionado derecho. El derecho al trabajo, según este instrumento internacional, «supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, de manera particular: (...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a la indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional». Es decir, el derecho al trabajo se convierte en un importante pilar del régimen de «despido causal», pues toda extinción unilateral del vinculo laboral por el empleador debe fundarse en una causa justa[219] [220]. Para la separación del trabajador tiene que expresarse una causa justa por necesidad, sin embargo si aquélla resulta injustificada o no probada recién podrá ser reparada por los mecanismos que el legislador prevea (indemnización o reposición o cualquier otra fórmula de reparación prevista por la legislación nacional).

En segundo lugar, a la hora de evaluar la constitucionalidad de un despido también es muy frecuente analizar qué papel juega el bloque de derechos procesales constitucionales en la obligación empresarial de expresar la causa de la extinción. En concreto, el derecho de defensa (inciso 14 del artículo 139), y por ende el debido proceso (inciso 3 del artículo 139), en tanto principios constitucionales que inspiran la función jurisdiccional, serían afectados si es que el trabajador impugna judicialmente su despido sin conocer los motivos del mismo. Precisamente, la producción de un despido con ausencia absoluta de forma escrita (vg. sin carta), podría negar al trabajador la posibilidad de ejercitar de modo regular su derecho de defensa en el proceso judicial de impugnación del acto extintivo. Estos despidos, al provocar el desconocimiento total de sus motivos, implican una manifiesta imposibilidad para articular la defensa jurisdiccional del trabajador afectado. Circunstancia ésta que, de ocurrir, generaría una suerte de «indefensión», entendi-

219 El principio de «causalidad del despido» debe entenderse planteado respecto del acto extintivo y no del medio de reparación (NEVES MUJICA, Javier. Sentencia del Tribunal Constitucional. Caso Telefónica. En Asesoría Laboral, octubre 2002, p. 13). Por ejemplo, no es lo mismo condicionar a la vez del despido a la existencia de una causa, que condicionar el pago de una indemnización a la existencia de una causa que fundamente su voluntad extintiva dando por supuesta la validez del despido. Dicho de otro modo, mientras en la primera postura se prohiben los despidos incausados, en la segunda los despidos incausados serían convalidados con el pago de una indemnización, por no cumplir con el requisito de exoneración: alegar una causa de despido.

220 Respecto al análisis que la doctrina efectuó desde hace años al principio de causalidad que contiene el derecho al trabajo, ya SANGUINETTY RAYMOND a propósito de la Constitución de 1979 señalaba que: «el derecho al trabajo consagrado en el artículo 42 debe ser entendido en ambos sentidos (...) y que resultaría paradójico e incongruente que nuestra Constitución promoviese el acceso al empleo pero no su conservación» (El derecho de estabilidad en el trabajo en la constitución, Trabajo y Constitución, Lima, Editorial Cuzco, 1989, p. 88)

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

da como «la situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa» (Sentencia del Tribunal Constitucional español 38/1981, de 21 de noviembre).

De igual manera, esto último también habría que predicarlo de cara a los despidos que a pesar de cumplir con el requisito de notificar la extinción vía carta no indican la causa o que indicándola lo hacen de modo ambiguo o impreciso, en la medida que también generan una situación de indefensión del trabajador. En todo caso, se trata aquí de declarar inconstitucionales todos los despidos desprovistos de carta y, en general, todos aquéllos que imposibiliten al trabajador articular su defensa con todas las garantías procesales necesarias. En suma, el derecho de defensa resulta ser, junto al derecho al trabajo, una garantía de protección al principio de causalidad del despido[221].

2.3.2. Vía procesal de impugnación

El despido incausado al violar derechos constitucionales no mencionados en el artículo 29 LPCL, también deberá ser impugnado mediante una acción de amparo. Nuevamente, lo que se busca eliminar más que el propio despido es su resultado lesivo de la constitucionalidad.

En cuanto al tema probatorio, aquí sí existen alteraciones. La inexistencia de carta o la existencia de la misma sin imputar expresamente una causa, revelan por sí mismas la afectación de los derechos constitucionales. El trabajador, como parte procesal sobre la que recae la carga de la prueba, presentará ante el juez el acta policial que acredite el despido sin forma ni procedimiento o, en su defecto, presentará la carta sin imputación de causa. Así, en ambos casos, el juez podrá apreciar la evidencia de la lesión.

Una vez acreditada por el trabajador la inexistencia de causa, será imposible que el empleador pueda desvirtuar esta prueba. Y ello, por la sencilla razón de que la afectación a la constitucionalidad ocurre en la realización del despido y no en su motivación. La violación, en este caso, no se ha probado con mecanismos de prueba semiplena (por medio de presunciones o indicios), se ha probado por el contrario con prueba plena (altos márgenes de certeza). Precisamente, esta inexistencia de duda hace que la prueba del trabajador no sea contrariada por el empleador.

221 A la misma conclusión llegamos en un trabajo anterior, ARCE ORTIZ, Elmer. La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido, En, Asesoría Laboral, mayo 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

2.4. El despido fraudulento

2.4.1. Concepto

El inconveniente de asumir una posición formalista respecto del principio causal del despido es la gran facilidad que deja para encubrir comportamientos elusivos, pues bastaría siempre alegar una causa con el fin de evitar la acción tutelar del derecho al trabajo y, con ello además, la reposición en el empleo. El problema se plantea, entonces, cuando el empleador utiliza como causa de despido un hecho irreal o ficticio. Téngase presente que esta situación puede ocurrir en dos supuestos que a primera vista aparecerían dentro de las fronteras del «despido arbitrario»: i) el despido con procedimiento previo, imputación de cargos y carta de despido cuyo motivo no se puede probar en juicio; y, ii) el despido que a pesar de no respetar las formalidades legales de procedimiento, imputa los cargos y presenta una carta de despido cuyo motivo tampoco se puede probar en juicio.

Como se ve, en ambos casos un análisis formal podría esconder causas justas de extinción inexistentes. Lo peligroso es que dado que los hechos irreales o ficticios imputados al trabajador no podrán ser probados en juicio, salvo que se utilicen pruebas fraudulentas, éstos vayan a ser tratados como simples despidos arbitrarios. Esto sería contradictorio, puesto que un despido basado en una causa inexistente es equiparable a un despido incausado. Una causa inventada es sin ninguna duda una causa inexistente en el plano jurídico. En consecuencia, a la inexistencia de causa debe seguir la declaración de inconstitucionalidad del despido, en la medida que viola el derecho al trabajo (artículo 22 Const.), el derecho de defensa (artículo 139 inciso 14 Const.), el debido proceso (artículo 139 inciso 3) y la prohibición del abuso de derecho (artículo 103). A la inversa, el despido fraudulento como supuesto de reposición, busca cautelar estos derechos constitucionales.

Y es precisamente esa la postura que ha asumido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13 de Marzo, cuando ha señalado que: «se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad (Exp. N° 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N°628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas"». En este supuesto de reposición, al no existir realmente causa justa de despido, la situación es equiparable a la del despido incausado.

2.4.2. Vía procesal de impugnación

Al igual que en los despidos motivados en derechos constitucionales excluídos del listado del despido nulo y en los despidos incausados, la vía procesal de impugnación del despido fraudulento no puede ser otra que la del amparo. Solo el amparo puede reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho (derecho al trabajo, derecho de defensa, debido proceso, etc.), declarando la nulidad del despido.

Ahora bien, de lo anterior no se puede deducir que la causa invocada en la carta de despido haya perdido toda trascendencia, pues, al contrario, aquélla ha de gozar de una presunción de legitimidad. En principio, lo dicho por el empleador se entiende como hechos «reales» y «serios». Razón por la cual, corresponderá al trabajador la carga de probar que los hechos en los cuales se sustenta su despido resultan ficticios o irreales. Es más, según la regla civil de distribución de la actividad probatoria que enuncia el artículo 196 Código Procesal Civil, corresponde a las partes probar las afirmaciones que configuran su pretensión, por lo que en este caso la «necesidad» la tiene el trabajador. A diferencia de los despidos incausados comunes (los que no tienen carta o que teniéndola no indican la causa), aquí el trabajador debe desplegar su actividad probatoria, con el fin de desvirtuar la presunción de legitimidad de la causa justa de extinción[222].

Si el trabajador carece de pruebas al presentar la demanda de amparo (léase «prueba instrumental», de conformidad al artículo 13 de la Ley 25398) para acreditar que su despido se basó en causas ficticias o irreales, la acción de amparo deberá declararse INFUNDADA. Por lo demás, no será necesario que el trabajador aporte la prueba plena de este supuesto, puesto que bastará la introducción de algunos indicios que sirvan de elementos para crear un marco de convicción en el juez (artículo 41 de la Ley Procesal del Trabajo y artículo 276 del Código Procesal Civil). No es suficiente la mera alegación del hecho violatorio del derecho al trabajo, es además necesario que el trabajador afectado despliegue una actividad probatoria, por míni-

222 Sobre el tema probatorio, PAREDES PALACIOS, Paúl. Prueba y presunciones en el proceso laboral, Lima, ARA editores, 1997.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ma que sea, tendiente a procurar en el juez certeza de que el comportamiento extintivo del empresario se fundó en hechos irreales o ficticios. Aquí, nuevamente, los mecanismos de facilitación probatoria deben ser puestos a la mano del trabajador demandante.

Normalmente, el empleador, como ya se dijo, no presentará ninguna prueba de la causa de despido invocada, por cuanto su actuación se basa en un hecho irreal. Y los hechos irreales no pueden comprobarse materialmente. Así, en este caso, al trabajador se le exigirá aportar, desde el momento de la presentación de la demanda de amparo, la prueba de indicios que acrediten el engaño, para trasladar el onus probandi o carga de la prueba al empleador. Una vez acreditada la inconducta del empleador, y como quiera que el empleador no ha efectuado prueba alguna, éste podrá recibir un pronunciamiento judicial desfavorable.

De otro lado, cuando el empleador prueba el hecho irreal mediante una prueba fraudulenta, bastará que el trabajador, sobre la base de las pruebas adjuntadas con la demanda de amparo, cuestione el medio probatorio por ser falso y le reste valor en el proceso. Con esta actuación, el trabajador no solo deja sin fundamento probatorio la posición del empleador, sino que deja en evidencia su comportamiento ilegítimo. De forma automática, la insuficiencia probatoria nuevamente perjudicará al empleador.

En función a lo expuesto, cabe resaltar que tan importante es perseguir a los despidos basados en hechos ficticios o irreales, por ser contrarios al derecho al trabajo en la medida que no tienen causa, como instituir reglas de prueba adecuadas para no vaciar completamente de contenido el concepto de «despido arbitrario». De no valorar la relevancia de estas reglas de prueba, se corre el riesgo de considerar a los despidos irreales como una regla general, cuando debieran ser tratados como una excepción. Repitiendo, la sola inexistencia de prueba por parte del empleador no convierte al despido en violatorio del derecho al trabajo, el trabajador debe probar que la causa es irreal, ficticia o desorbitada.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

JAVIER NEVES MUJICA
Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

1. LOS ANTECEDENTES

A inicios de la década de los noventa, la previsión social estaba a cargo del Estado. Se encontraba estructurada en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones. En el ámbito de las pensiones, existía un régimen general denominado Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990 del 24/7/73), que era gestionado por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de éstos y de sus empleadores. La tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos eran declarados como intangibles por el ordenamiento.

Existía, sin embargo, un importante régimen especial. Este era el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley 20530 del 26/2/74). Este sistema fue concebido como cerrado, en favor de los trabajadores públicos que ingresaron hasta el 11 de julio de 1962. No obstante, fue varias veces reabierto por leyes e interpretaciones administrativas y jurisdiccionales, dadas

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

las ventajas que ofrecía con respecto al Sistema Nacional de Pensiones, sobre todo en términos de -por una parte- la obtención de la cesantía considerando sólo el tiempo de servicios, de 15 años para los hombres y 12,5 para las mujeres (en cuyo cómputo se agregaba, además, desde el inicio de la relación laboral con el Estado, los años de formación profesional) y -por la otra- de nivelación de las pensiones con las remuneraciones, al alcanzar los 20 años de servicios. Se permitió así la incorporación, entre otros, de los diplomáticos (Ley 24029 del 12/12/78); los trabajadores públicos que a la fecha de dación del Decreto Ley 20530, contaran con 7 ó más años de servicios (Ley 24366 del 21/11/85) o se encontraban prestando servicios en condición de nombrados o contratados (Ley 25066 del 23/7/89); los trabajadores del Banco de la Nación (Ley 25146 del 19/12/89); los profesores del Estado (Ley 25212 del 20/5/90); los trabajadores del Complejo Petrolero y Similares asimilados a Petroperú (Ley 25219 del 24/5/90); los de las empresas estatales (Ley 25273 del 4/6/90); y, finalmente, los jueces (Decreto Legislativo 767 del 29/11/91).

2. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta. Frente a ella, habían surgido dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de su superación, así como de los medios para lograrla: para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, otra voluntad política del gobierno, etc.; para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y sólo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

En este punto, el debate se centraba en determinar el grado de participación que debía corresponder al sector privado. El dilema consistía en si se debía mantener las entidades públicas, a cargo de prestaciones básicas, con afiliación y aportación obligatoria de los trabajadores dependientes, aunque la tasa de la contribución se rebajara y reservar la presencia privada para la cobertura adicional; o si se debía permitir que los trabajadores eligieran entre la afiliación y aportación exclusiva a una entidad pública o a una privada, las que competirían por la prestación del mejor servicio. En otras palabras, un esquema complementario o alternativo, respectivamente. La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 (Decreto Ley 25897 del 7/12/92).

Los principales cambios que afectaron al régimen general pensionario (Decreto Ley 19990) y al especial (Decreto Ley 20530), los resumimos a continuación. En el Sistema Nacional de Pensiones se elevó el número de años de aportación ne-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cesarios para percibir una pensión de jubilación de 15 y 13, para hombres y mujeres, respectivamente, a 20 para todos; se modificó la base de cálculo de la remuneración de referencia, que era el promedio de las últimas 12 remuneraciones y pasó a ser el promedio de las últimas 36, 48 ó 60, según el tiempo de aportación; y se fijó la pensión máxima en 600 soles mensuales, que actualmente asciende a 857,36 soles mensuales (por Decreto Ley 25967). Asimismo, se aumentó la edad para la jubilación de 60 y 55 años para hombres y mujeres, respectivamente, a 65 para todos y se atribuyó a los trabajadores el íntegro del aporte, el que se incrementó en dos tramos, primero de 9 a 11% de la remuneración y luego a 13% (por Ley 26504 del 17/7/95).

En el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado, se atacó primero las incorporaciones o reincorporaciones que se habían producido con infracción del ordenamiento, declarándose su nulidad de pleno derecho (Decreto Legislativo 763 del 15/11/91). Este mandato, tras ser derogado, fue luego restituido, en idas y venidas frecuentes en este campo. Después se precisó que la nivelación de las pensiones, que se había establecido por la Constitución de 1979, debía efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público (Decreto Legislativo 817 del 23/4/96 y Ley 26835 del 4/6/97). Más adelante, se fijó un tope para estas pensiones por las Leyes de Presupuesto desde 1991 a 1994, el que luego se equiparó al sueldo de un congresista (Decreto Legislativo 817) y recientemente se les ha señalado como máximo una unidad impositiva tributaria (Ley 28047 del 30/7/03). En seguida se modificó algunas reglas referidas a pensiones de jubilación y de sobrevivientes, en dirección restrictiva (Ley 27617 del 28/12/01). También se ha elevado los aportes por tramos, de 6 a 13% de la remuneración (desde agosto del 2003), a 20% (desde agosto del 2006) y a 27% (desde agosto del 2009) (Ley 28047) y se ha establecido una contribución solidaria por el monto que exceda de 14 unidades impositivas tributarias anuales, con la tasa del impuesto a la renta (Ley 28046 del 30/7/03).

La gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades, una ocupada de la salud, llamada Seguro Social de Salud (ESSALUD) y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional (ONP) (creada por el Decreto Ley 25967). Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del -entonces llamado- Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas. Esta Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado, hasta que esa situación fue declarada inconstitucional por nuestro Tribunal Cons-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

titucional. Tras ello, la Oficina de Normalización Previsional atiende las pensiones del régimen del Decreto Ley 19990, mientras las del régimen del Decreto Ley 20530 corresponden a la entidad en que se generaron.

Ante el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, se planteó una demanda por inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuesto de 1991, por el establecimiento de topes a las pensiones. Este organismo jurisdiccional, la declaró infundada en diciembre de 1991.

Contra el Decreto Ley 25967 y el Decreto Legislativo 817 se interpusieron sendas acciones de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional las declaró fundadas en parte, en sentencias expedidas y publicadas en abril de 1997. El fundamento central de ambos fallos está en que al conllevar las reformas una disminución de beneficios y pretender aplicarse inmediatamente a las relaciones existentes, lesionan los derechos adquiridos en materia pensionaria, consagrados por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

También fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional la Ley 26835 y la Ley 27617. En sus pronunciamientos emitidos en junio de 2001 y marzo de 2003 (ésta complementada por sentencia expedida en junio de 2003), dicho organismo estima -en todo y en parte, respectivamente- las demandas. El criterio es el mismo que se tuvo al resolver los casos anteriores.

3. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PENSIONARIA

Dado que el sustento principal de las resoluciones del Tribunal Constitucional para objetar la constitucionalidad de ciertos aspectos de las reformas legislativas implementadas desde inicios de los años noventa, reside en el respeto por los derechos adquiridos, resulta indispensable pasar revista a la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo.

3.1. La regla de la irretroactividad de las normas

Es propio de todo Estado de derecho establecer como regla la irretroactividad de las normas, aunque comúnmente se admita como excepción su retroactividad. El fundamento de la primera se encuentra en la seguridad jurídica, que impide alterar en el futuro las bases sobre las que se configuraron las relaciones jurídicas en el pasado; y de la segunda, en la protección de los sujetos que están en situación de desventaja, en ciertas áreas jurídicas regidas por los intereses públicos o sociales. De esto último fluye que la retroactividad sólo cabe cuando es benigna para el su-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

jeto tutelado por determinada área del derecho. Además, por su mismo carácter de excepción, tiene que declararse expresamente.

La Constitución de 1979 y la de 1993, así como el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, coinciden en proclamar la regla y aceptar excepciones, pero difieren en la extensión de éstas: materia penal, laboral y tributaria, en la primera norma; sólo penal en la segunda; y penal y laboral en el Proyecto.

Sin embargo, en doctrina no hay una única lectura de los conceptos de irretroactividad y de retroactividad, más allá de entender que la primera situación es la ordinaria y la segunda la extraordinaria. Las interpretaciones de esos términos son básicamente dos y vienen formuladas por las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos.

Según la teoría de los derechos adquiridos, la irretroactividad consiste en continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión normativa. En cambio, la retroactividad supone que tales derechos se rigen inmediatamente por la nueva norma, desde su entrada en vigor.

Por tanto, si la antigua norma otorgaba una pensión de 800 soles y la nueva eleva el monto a 1000 -en una sucesión de mejora-, el pensionista se quedaría con 800; pero si ocurriera lo contrario -en una sucesión de disminución- el monto que debería percibir el pensionista no sería de 800 sino de 1000. La manera de evitar la afectación del pensionista en el primer supuesto, sería que la nueva norma se declare retroactiva, para que se incremente inmediatamente su pensión de 800 a 1000 soles, pero ello no cabría en nuestro esquema constitucional en esta materia.

La teoría de los hechos cumplidos plantea que estamos ante una situación de irretroactividad cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquélla entre en vigencia. La situación es de retroactividad, si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior.

Manteniendo el ejemplo anterior, tendríamos que si se aumentara las pensiones de 800 a 1000 soles -en una sucesión de mejora-, el pensionista percibiría el nuevo monto mayor; y si se rebajara el monto -en una sucesión de disminución- también la pensión decrecería de inmediato, fijándose en 800 y ya no en 1000 soles. Sólo en el primer caso la nueva norma podría declararse retroactiva, ya que sería benigna, aunque ello no podría ocurrir en nuestro ordenamiento.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Como puede verse, si el ordenamiento sobre derechos humanos siguiera una tendencia progresiva, que es la más acorde con su naturaleza, la teoría de los hechos cumplidos sería más ventajosa que la de los derechos adquiridos. La primera le permitiría a los destinatarios adaptarse a la innovación de mejora, mientras la segunda los llevaría a conservar el beneficio menor. En cambio, es supuestos excepcionales en los que dicho ordenamiento asume una tendencia regresiva, sucedería lo contrario. En virtud de la primera teoría su beneficio disminuiría de inmediato, en tanto según la última, retendrían la ventaja alcanzada.

En definitiva, el escenario en que se mueve la teoría de los derechos adquiridos está en los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha en que se produce la sucesión normativa: si se rigen por la antigua norma, habrá irretroactividad; y si se rigen por la nueva, habrá retroactividad. En cambio, el de la teoría de los hechos cumplidos está en la aplicación de la nueva norma: si recae sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, habrá irretroactividad; y si recae sobre los hechos ya cumplidos, habrá retroactividad.

La clave, pues, para cada teoría está en cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. Respecto del momento en que se adquiere un derecho, hay tres posiciones doctrinarias: para la primera, basta que la relación jurídica se haya constituido cuando estaba vigente la norma antigua; para la segunda, es necesario que se haya producido el supuesto de hecho previsto por esa norma; y para la tercera, se requiere incluso que se haya comenzado a disfrutar del beneficio, antes de su supresión. La más razonable nos parece la intermedia. Sobre la oportunidad de cumplimiento del hecho, habría que distinguir los hechos que se cumplen una única vez, como la edad de acceso a la jubilación, de los que lo hacen periódicamente, como la percepción de una pensión. En este último caso, el cumplimiento ocurre el día en que debe efectuarse el pago.

La Constitución de 1979 no optó por ninguna de estas teorías. Ese papel lo cumplió más bien el Código Civil, que en el artículo III de su Título Preliminar, acogió la teoría de los hechos cumplidos: la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por tratarse de una ley, aunque establezca criterios de interpretación y aplicación válidos para todo el sistema jurídico, otras normas con tal rango podían asumir la teoría contraria, como de hecho ocurrió en esos años en diversos campos, entre ellos el pensionario.

Con la Constitución actual parece ocurrir lo mismo. Sin embargo, dado que adopta figuras mixtas para el ámbito pensionario -en la Primera Disposición Final y Transitoria- que combinan ambas teorías, podría sostenerse por argumento a contrario que

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

acoge para el resto del ordenamiento la teoría de los hechos cumplidos. Decimos que la mencionada disposición recoge una figura mixta, porque nos queda claro que si se produce una sucesión de mejora, la nueva norma debe regir de inmediato; pero si la sucesión es de disminución, debe seguir rigiendo la antigua. Mantener la vigencia de la norma antigua aun cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad, sería condenarlos a una desventaja, lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución circunscribe la protección de los derechos adquiridos a los regímenes obligatorios y a los trabajadores públicos. De modo que no están comprendidos en ella, por una parte, los sistemas pensionarios voluntarios, establecidos como suplemento o complemento a los legales; y, por la otra, los trabajadores privados. Esta última exclusión resulta manifiestamente discriminatoria, puesto que dichos regímenes obligatorios abarcan tanto a trabajadores de la actividad privada como del sector público.

3.2. Los mandatos del Decreto Ley 25967 y la Ley 27617

A modo de ejemplo de las reformas producidas, vamos a poner los casos del Decreto Ley 25967 y la Ley 27617. El primero modificó algunos de los principales requisitos para percibir una pensión de jubilación previstos por el Decreto Ley 19990, como el número de años de aportación necesarios, que fueron elevados a 20, indistintamente para hombres y mujeres, de 15 y 13, para unos y otras, respectivamente. Esta disposición fue complementada con la de aumento de la edad de jubilación (por la Ley 26504), a 65 años, de los originales 60 y 55, exigidos a hombres y mujeres, respectivamente. Los cambios dispuestos por el Decreto Ley 25967, aunque no así los introducidos por la Ley 26504, debían aplicarse inmediatamente, incluyendo a los trabajadores que habían alcanzado el requisito previsto por la norma antigua, tanto en el supuesto de que continuaran laborando, como en el de que hubieran cesado e iniciado el trámite para obtener la pensión. De este modo, si conforme al ordenamiento anterior un hombre ya podía acogerse a la jubilación con 60 años de edad y 18 de aportación, pero había optado por mantener su vínculo laboral, tras la expedición del Decreto Ley 25967, tendría que esperar hasta llegar a los 20 años de aportación. La figura era más perjudicial incluso, para aquél que hubiera cesado en su empleo y solicitado el otorgamiento de una pensión, ya que se quedaría sin trabajo y sin pensión. Este debe ser el caso de muchas personas, dado que la administración de la seguridad social tenía paralizada por varios meses la concesión de pensiones, en anticipación de la dación del Decreto Ley 25967.

No hay duda de que el ánimo de evitar la repetición de atropellos de tal magnitud, fue uno de los factores que llevó al constituyente a incorporar el texto de la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Primera Disposición Final y Transitoria en la Constitución de 1993, que garantiza los derechos adquiridos.

La Ley 27617 se dirigió fundamentalmente a revisar las condiciones para el otorgamiento de las pensiones de sobrevivencia reguladas por el Decreto Ley 20530. En casi todos los casos, los cambios tendían a la rebaja de beneficios y pretendían también regir inmediatamente para los familiares a cargo de los titulares que no hubieran fallecido a la fecha de entrada en vigencia de la nueva norma. Aquí la controversia se centra, entonces, dado que ya estaba vigente la Constitución actual, en determinar si los cambios pueden afectar a sobrevivientes potenciales o no. En otras palabras, saber si las pensiones de viudez, de orfandad o de ascendientes que se produzcan después de la dación de dicha ley, deben regirse por la norma antigua o la nueva. Volveremos sobre este asunto más adelante.

3.3. Los derechos adquiridos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En los procesos por inconstitucionalidad del Decreto Ley 25967, Decreto Legislativo 817, Ley 26835 y Ley 27617, el Tribunal Constitucional ha consolidado algunos criterios que nos interesa resaltar a continuación.

En primer lugar, sostiene el Tribunal Constitucional que la Constitución adopta la teoría de los hechos cumplidos como regla para el conjunto del sistema y la de los derechos adquiridos como excepción para el ámbito pensionario. Así, de un lado, señala que "la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma" cuando establece "la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial", por su artículo 109, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). Del otro, afirma que hay derechos adquiridos en materia pensionaria: "Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente" (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). Asimismo, al aludir a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, asevera: "Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530"; lo que cabe sólo porque aquella "permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente" (Fundamentos 15 y 17 de la sentencia sobre el Decreto Legisla-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tivo 817). Las materias no pensionarias no disfrutan de esta protección: así, dado que "la bonificación [del FONAHPU] no forma parte de la pensión... no constituye un derecho adquirido" (Fundamentos 5, 6.1 y 6.2 de la sentencia sobre la Ley 27617).

Sobre el argumento utilizado para sustentar la adopción de la teoría de los hechos cumplidos por la Constitución, creemos que el Tribunal Constitucional confunde la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo con la de sus efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En cualquier sistema jurídico ajustado a los principios propios de todo Estado de derecho, las normas entran en vigencia con posterioridad a su publicación. Pero de allí no se deduce, en nuestro concepto, la adopción de ninguna teoría; para ello hace falta indagar si se acepta que la nueva norma opere sólo para las futuras relaciones o también para los derechos ya adquiridos o los hechos no cumplidos de las existentes. La pregunta central, pues, es si al entrar en vigencia la nueva norma -que no interesa cuándo sea, pero deberá ocurrir con posterioridad a su publicación- afectará o no las relaciones y situaciones existentes.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional establece dos precisiones importantes: qué es un derecho adquirido y cuándo se produce la adquisición de un derecho. Respecto de lo primero, sostiene que tales derechos son "los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas" (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967), o "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos" (Fundamento 15 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

Respecto de lo segundo, para el Tribunal Constitucional hace falta distinguir entre las pensiones originarias y las derivadas. Las primeras son las que genera el titular en su provecho, como las de jubilación, cesantía e invalidez, y las últimas son las que suscita en beneficio de los familiares a su cargo, como las de sobrevivientes.

El derecho a obtener una pensión originaria se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma. De este modo, la antigua norma "se aplicará sólo a los trabajadores que, aun cuando se encuentren laborando, reúnan los requisitos señalados por el Decreto Ley 19990 para obtener la pensión de jubilación" (Fundamento 11 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). O, más específicamente todavía, cuando dice que "es necesario determinar desde qué momento se adquiere el derecho a la pensión nivelable" y concluye que sucede

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

"desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos [los de la norma antigua], aun cuando el administrado continúe laborando efectivamente" (Fundamento 19 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

Desde este ángulo, el Tribunal Constitucional considera compatibles con la Constitución todas las modificaciones legislativas que operen hacia el futuro, afectando derechos no adquiridos; e incompatibles las que tienen aplicación inmediata sobre derechos ya adquiridos. Así, por ejemplo: "El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del Decreto Ley 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del Decreto Ley 19990" (Fundamento 12 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967). O, en el mismo sentido: "el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuran a partir de su entrada en vigencia" (Fundamento 13 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

En igual dirección, cuando se autoriza la modificación por decreto supremo de los criterios para determinar la remuneración de referencia y los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación, sostiene el Tribunal Constitucional que "es claro que cualquier modificación que se haga de las reglas o criterios para fijar tanto la remuneración de referencia como los porcentajes aplicables para la determinación de la jubilación vinculada al Decreto Ley 19990, únicamente puede operar para quienes aún no tienen un derecho adquirido" (Fundamento 2.2 de la sentencia sobre la Ley 27617).

En definitiva, pues, el Tribunal Constitucional ha mantenido en sus fallos una línea de pensamiento en el sentido de que el derecho a una pensión originaria se adquiere cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, aunque no se haya ejercido todavía. Adopta, por tanto, la tesis intermedia que describimos antes y que nos resulta equilibrada.

El único caso que conocemos, en el que se cambia la oportunidad en que se adquiere el derecho, es el de un diplomático (Domingo Nieto Heredia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores), resuelto en vía de acción de amparo, en octubre de 2001. Aquí, el diplomático ingresó al servicio en enero de 1971, siendo que estaba vigente desde abril de 1929 una ley (modificada en agosto de 1970), conforme a la cual el pase a retiro por límite de edad se producía a los 60 años. Esa ley fue modificada en diciembre de 1996 por otra (a su vez sustituida en junio de 1997), que rebajó dicha edad a 55 años. Antes de alcanzar esta última edad, el diplomático interpuso la acción de amparo por amenaza de violación de sus dere-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

chos adquiridos. El Tribunal Constitucional afirmó: "Los derechos laborales que se adquieren bajo el amparo de una determinada normatividad y, específicamente, aquellos que establecen plazos, no pueden ser -a posteriori- desnaturalizados de modo restrictivo por nuevas leyes, ya que tal hipótesis resulta contraria tanto al principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos... como al principio de irretroactividad de las normas jurídicas... "(Fundamento 3 de la sentencia).

Como puede verse, el Tribunal Constitucional acoge en este caso la tesis de que el derecho se adquiere cuando se constituye la relación jurídica bajo la vigencia de la norma antigua, que corresponde a la primera de las expuestas antes. El apartamiento de la ruta trazada, lamentablemente no se justifica de forma explícita, aunque podría hallar apoyo en la particularidad de las circunstancias. En efecto, si se mantuviera la tesis de que la adquisición del derecho se verifica cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, los diplomáticos no llegarían nunca a adquirirlos, ya que la nueva edad de pase a retiro es menor que la anterior. Lo que sí nos parece errada es la referencia al principio de irrenunciabilidad de derechos, puesto que éste opera cuando el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandona voluntariamente, que no es el caso, en el que más bien ocurre una privación por ley, derivada de una sucesión de disminución.

Un escenario similar se presenta en el caso del cese por edad de los magistrados del Poder Judicial, que el Poder Ejecutivo propuso adelantar. En comunicado de la Corte Suprema, publicado en el diario "El Comercio" el 5 de setiembre de 2003, se sostiene que "los derechos adquiridos por los magistrados de ninguna manera pueden resultar desnaturalizados restrictivamente por nuevas disposiciones legales, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos... y el de irretroactividad de la ley... perteneciendo cualquier modificación al ámbito de la reforma constitucional" (Punto 3).

Regresando a la cuestión del momento de adquisición de un derecho, centrémonos en el caso de las pensiones derivadas. En este supuesto sostiene el Tribunal Constitucional que no existe en rigor derecho adquirido ni expectaticio, ya que no hay requisito alguno para el disfrute de la pensión de sobrevivencia. El fallecimiento del titular es sólo una condición (Fundamento 16 de la sentencia sobre la Ley 27617). De este modo, el familiar tendrá derecho a conservar la situación prevista por la norma vigente cuando el titular adquirió su derecho, aunque éste no haya fallecido aún. Así, se dice "que tal pensión se encuentra ligada a la que en su oportunidad adquirió el titular" (Fundamento 10 de la sentencia complementaria sobre la Ley 27617). De allí se concluye que las modificaciones de disminu-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ción de derechos "sólo pueden ser aplicables a futuro, a los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria, aún no habían concretado su derecho previsional" (Fundamentos 17, 18 y 20 de la sentencia sobre la Ley 27617).

Si bien en el plano conceptual la posición del Tribunal Constitucional acerca de la adquisición del derecho a las pensiones derivadas, luce sostenible, en el plano aplicado conduce a situaciones absurdas. Así, cuando el titular cumple los requisitos para percibir una pensión de jubilación o cesantía, genera automáticamente beneficios de sobrevivencia en una persona con la que podría no haber contraído todavía matrimonio o que podría no haber sido siquiera concebida. Nos parece, por ello, que el criterio para determinar el momento de adquisición del derecho a una pensión derivada, debería ser el de la producción de la contingencia, esto es, el fallecimiento del titular.

Un asunto sobre el que no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ha sido el del alcance subjetivo de la tutela conferida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución: si sólo incluye a los trabajadores del sector público, como literalmente aparece en el texto, o si comprende también a los trabajadores de la actividad privada, como tendría que ser para no incurrir en segregaciones injustificadas.

3.4 La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dado que los organismos internacionales pueden conocer las reclamaciones interpuestas contra las decisiones jurisdiccionales o administrativas adoptadas por los organismos nacionales, según lo prevé nuestra propia Constitución -en su artículo 205º -, y que ha llegado a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primero, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego, un caso sobre pensiones proveniente de nuestro país, conocido como "Caso cinco pensionistas versus Perú", que constituye un evidente precedente para futuros cuestionamientos, es indispensable revisar la posición del último de los mencionados organismos, expresada en su sentencia del 28 de febrero de 2003.

Antes de reseñar los criterios manejados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver el caso, vamos a resumir los hechos, a partir del texto de la propia sentencia.

Los pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros y cesaron después de haber prestado más de veinte años de servicios a la administración

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pública. Conforme a la ley orgánica de dicha entidad, debieron elegir entre continuar sujetos al régimen laboral y pensionario del sector público o acogerse al de la actividad privada. Decidieron lo último y se les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable. Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica hasta abril de 1992, en que a cuatro de los reclamantes se les redujo el monto de su pensión y al quinto se le suspendió. Luego, en octubre de ese año y por mandato del Decreto Ley 25792, se dispuso la homologación de las pensiones con las que el Ministerio de Economía y Finanzas pagaba a sus trabajadores. Los reclamantes interpusieron sendas acciones de amparo y obtuvieron fallos favorables de la Corte Suprema, expedidos en 1994. La entidad denunciada incumplió las sentencias, por lo que hubo nuevos reclamos, que generaron unas resoluciones expedidas en 1995 por aquélla ordenando ejecutar el mandato judicial, lo que también se incumplió. Las acciones de cumplimiento planteadas por los reclamantes, también fueron declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional. En enero de 2002, el Congreso derogó por la Ley 27650 el precepto del Decreto Ley 25792 que mandaba efectuar la homologación mencionada. Finalmente, la entidad resolvió dar cumplimiento a sus resoluciones.

La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue interpuesta en febrero de 1998 y en diciembre de 2001 ésta decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se le pedía determinar si el Estado peruano había violado los artículos 21º (propiedad privada), 25º (protección judicial) y 26º (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó el reclamo respecto de los dos primeros derechos y lo desestimó en cuanto al tercero. Nos interesa resaltar el fallo en lo relativo al derecho de propiedad, porque esta materia se relaciona directamente con los derechos adquiridos. Debe tenerse en cuenta que en este caso no se ha considerado el derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque a la fecha de la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos éste no se encontraba aún vigente, por carecer del número mínimo de ratificaciones. Entró en vigor recién el 16 de noviembre de 1999.

Para resolver la controversia se debe determinar "si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto" y "qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se pueden poner límites a éste" (Punto 95). "En lo que se refiere a si el derecho a la pensión

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano" (Punto 96). Añade la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "el artículo 21° de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto Ley 20530, en el sentido que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas" (Punto 102). Asimismo, que "desde el momento en que... [los reclamantes] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas" (Punto 103).

Sobre la cuestión de los parámetros para cuantificar el derecho a la pensión y los límites que se puede imponer a ésta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos "observa que, si bien cuando los trabajadores de la SBS pasaron al régimen de la actividad privada (1981) la pensión nivelada podía haberse fijado de conformidad con el salario que percibía un funcionario sujeto al régimen público de similar nivel o categoría al de las presuntas víctimas, esto no fue interpretado así por las autoridades del Estado" (Punto 115). Al reconocérceles primero y negárseles después, el derecho a la nivelación de su pensión con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, se les "afectó patrimonialmente, violando el artículo 21° de la Convención" (Punto 115).

Interpretando el texto del artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 5° de su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se señala: "Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido... los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados" (Punto 116).

De la síntesis ofrecida sobre la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fluye que el derecho a la pensión es un derecho adquirido, porque así lo concibe la Constitución peruana y, en tanto se incorpora al patrimonio de los pensionistas, está cubierto por el derecho de propiedad consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No queda claro el momento desde el que dicho organismo jurisdiccional entiende que se adquirió el derecho a la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pensión: el de la inscripción en el régimen del Decreto Ley 20530 o el del cese en el trabajo; pero sí que tal adquisición no abarca sólo la obtención de la pensión sino los términos en que ella se otorgaba conforme a la norma antigua. No obstante, se admite que mediante ley en sentido estricto y por fines públicos o sociales, se pueda limitar el monto de las pensiones, dándose a entender que las restricciones pueden comprender a las pensiones existentes y no sólo a las futuras.

4. LOS CAMBIOS MÁS RECIENTES

4.1. El giro en el Tribunal Constitucional y en el Congreso

En los últimos años ha habido en nuestro país un intenso debate sobre el futuro de los sistemas de pensiones. Restaurado el ordenamiento constitucional, se formó una Comisión Especial encargada de elaborar un Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado. Asimismo, fue designada otra Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, que tuvo entre sus preocupaciones principales el tema previsional. Ambos informes se presentaron el 15 de julio de 2001.

Más recientemente, en ámbitos políticos y periodísticos, se ha centrado la atención en los sistemas de pensiones, tanto los públicos como el privado. En este marco, se ha propuesto al Congreso que se corrija las principales distorsiones legislativas que afectan a dichos sistemas. Las demandas, sin embargo, han sido escuchadas sólo en lo que respecta a los sistemas públicos. En este sector, se ha ejercido también fuertes presiones sobre el Tribunal Constitucional, para que rectifique algunas de sus posiciones referidas en especial al régimen del Decreto Ley 20530.

Como resultado de este proceso, el Tribunal Constitucional se ha rectificado en algunas líneas centrales de sus planteamientos y el Congreso ha dictado las Leyes 28046 y 28047. Lo primero ha ocurrido con ocasión de la expedición de una sentencia recaída en un proceso de amparo (Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional), dictada el 18 de junio de 2003, aunque en otra, expedida el 27 del mismo mes y año, en el proceso por inconstitucionalidad contra la Ley 27617, vuelve a enfatizar los derechos adquiridos.

En la primera sentencia mencionada, dice el Tribunal Constitucional que el "Decreto Ley 20530... es un régimen de pensiones de carácter cerrado" (Fundamento 3), desde "el 12 de julio de 1962" (Fundamento 7), pese a lo cual "en diversas ocasiones fue abierto por ley" (Fundamento 3). A partir de esta concepción, "ha

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

resuelto apartarse del criterio adoptado" en un pronunciamiento emitido apenas quince días antes, en el que se concedió erróneamente el derecho de incorporarse a dicho régimen (Fundamento 11). Asimismo, se retracta en el cómputo de los cuatro años de formación profesional, que en fallos anteriores había admitido que se hiciera con anterioridad a alcanzar los 15 años de servicios para los hombres y los 12,5 para las mujeres y ahora sostiene que el abono de ese período "se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente aportados al Estado" (Fundamento 10); y con respecto a la nivelación, cuestión en la que fija su posición en el sentido que "debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese" y, más explícitamente aun, que "la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada... no procede" (Fundamentos 15 y 16). Termina la resolución con un inusual planteamiento: "considera este Colegiado que... debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga" (Fundamento 20).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional efectúa una larga reflexión sobre la incidencia económica de sus pronunciamientos en materia pensionaria, que parece ser la razón por la que se expidió ese fallo complementario sobre la inconstitucionalidad de la Ley 27617, tres meses y medio después de haber resuelto el proceso de inconstitucionalidad contra dicha ley. Esta sentencia precisa que "el 'reajuste' de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuirlas a quienes ya tienen el derecho adquirido, sino de 'incrementarlas'", por interpretación de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución concordante con la Undécima, referida a "la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales -como la Segunda- que requieren nuevos o 'mayores gastos'". Agrega que la progresividad "no puede nunca interpretarse como sinónimo de 'regresividad', y ni siquiera como mantenimiento del statu quo" (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley 27617).

Esta idea se refuerza cuando le recuerda al Congreso "que los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar los ajustes necesarios", los que parecen requerir una reforma de la Constitución, que es atribución de aquél efectuar: "siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido" (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley 27617).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En el punto siguiente, nos vamos a ocupar de las innovaciones introducidas por las Leyes 28046 y 28047, respecto de las reglas establecidas por las normas que las precedieron.

4.2. La viabilidad de los cambios efectuados por el Congreso en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Nos interesa en este punto, analizar a qué trabajadores o pensionistas podrá aplicárseles las modificaciones efectuadas en el ordenamiento pensionario en los últimos años, en el entendido de que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantengan su criterio de que el derecho se adquiere en los términos y condiciones existentes cuando se produjo el supuesto de hecho, como lo sostienen ambos organismos jurisdiccionales en el Fundamento 17 de la sentencia sobre la Ley 27617 y el Punto 103 de la sentencia del "Caso cinco pensionistas versus Perú", respectivamente. Lo cierto es que si se garantizara sólo el derecho a una pensión, pero no con las características en que ésta se otorgaba conforme a la legislación entonces vigente (aportes, topes, etc.), se favorecería la desnaturalización del derecho adquirido.

Para estos efectos, vamos a centrarnos en tres temas referidos al régimen del Decreto Ley 20530, que se han regulado con el propósito de reducir los extremos en los montos de las pensiones y el déficit de los fondos. Se trata de los topes, los aportes y la contribución solidaria.

Los topes a las pensiones estuvieron previstos en el esquema original del Decreto Ley 20530, cuyo artículo 57º remitía para su fijación a las leyes de presupuesto. El Tribunal Constitucional, sin embargo, consideró que la Octava Disposición General de la Constitución de 1979, que introdujo la nivelación, derogó el citado precepto del decreto ley (Fundamento 18 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817). No obstante, los topes han existido, dispuestos por sucesivas normas con rango legal. Cuando la Ley de Presupuesto de 1991 impuso topes, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales desestimó la demanda de inconstitucionalidad contra ella, sobre la base de que "no sería legal ni justo, que el beneficiario de una pensión cualquiera sea la causa de su determinación, llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la institución o empresa". Aquí podríamos identificar tres tramos: primero, el de la Leyes de Presupuesto de 1991 a 1994; segundo, el del Decreto Legislativo 817, de abril de 1996, equivalente al sueldo de un congresista; y tercero, el de la Ley 28047, de julio de 2003, ascendente a una uni-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

dad impositiva tributaria. Esto significa que según el período en que se adquirió el derecho, no en el que se hizo efectivo, habrá topes distintos para las pensiones. El actual monto máximo, por tanto, sólo vale para los trabajadores que cumplan los requisitos para obtener una pensión a partir de la vigencia de la última ley mencionada.

Los aportes se han elevado recientemente. En este caso, tendríamos que diferenciar cuatro tramos: uno, hasta antes de la Ley 28047, en que era del 6% de la remuneración; dos, desde agosto del 2003, en que asciende a13%; tres, a partir de agosto de 2006, que se eleva a 20%; y cuatro, de agosto de 2009 en adelante, que se fija en 27% (todo ello por mandato de la Ley 28047). Pues bien, al igual que lo planteado para los topes, aquí el trabajador congelaría el monto del aporte vigente en la fecha en que adquiere el derecho a la pensión. De este modo, si la jubilación se materializara en el tramo siguiente, en el que el aporte ya es mayor, seguiría abonando en ese lapso el monto anterior.

Finalmente, la Ley 28046, también de julio de 2003, ha creado una contribución solidaria para quienes perciben pensiones más altas. Esta contribución grava el exceso de catorce unidades impositivas tributarias anuales y tiene como tasa la vigente para el impuesto a la renta. Aunque la ley no indica la categoría a la que se adscribe esta figura, asumimos que es la quinta, en cuyo caso dicha tasa sería de 15% hasta 27 unidades impositivas tributarias, 21% por el exceso hasta 54 y 30% por el exceso de 54. En la misma línea de lo sostenido antes, debemos distinguir dos tramos: primero, hasta la entrada en vigencia de la Ley 28046; y segundo, desde dicha vigencia en adelante. Esto significaría que la contribución sólo podría gravar a las personas cuyos derechos pensionarios se adquieran a partir de la aplicación de la Ley 28046. Sin embargo, si fuera así la contribución no tendría a quién aplicarse, ya que siendo -por mandato de la Ley 28047- el nuevo tope equivalente a una unidad impositiva tributaria por mes, ninguna pensión podría llegar y menos superar las catorce unidades impositivas tributarias por año. Es claro que la intención del legislador es, por tanto, la de gravar a las pensiones existentes; pero, en tal supuesto, también lo es que dicha afectación sería inconstitucional, conforme a la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional. Tengamos en cuenta que las pensiones han estado excluidas de toda carga tributaria (primero exoneradas del pago y, luego, desde el 1/1/01, inafectas, en lo que corresponde al impuesto a la renta), por lo que ahora no podría imponérseles una, al menos a las existentes.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

5. LA NECESARIA REFORMA DE LOS SISTEMAS

Nos parece que resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país. Para ello, debe resolverse en el ámbito político (el Poder Ejecutivo y el Congreso), primero la cuestión de qué hacer con los sistemas públicos, para luego, abordar la relación que debería existir entre el sistema público y el privado.

En nuestro concepto, el Estado tiene el deber de reconstruir el sistema público de pensiones. El fracaso de dichos sistemas tiene, sin duda, en el Estado a su principal responsable, que fue quien se apropió de los inmensos fondos, no brindó las contribuciones de los trabajadores a su cargo, ni fiscalizó eficazmente las de los demás empleadores, imprimió una pésima gestión administrativa y financiera, etc. Además, la protección de las necesidades de la población, ante la ocurrencia de contingencias biológicas y profesionales, mediante prestaciones idóneas, es una actividad de la que un Estado moderno no puede estar ausente. Los instrumentos internacionales de derechos humanos le exigen atenderla.

Por cierto que no se trata de mantener los sistemas públicos actuales, que parecen encaminados a su extinción. Tendría que irse en dirección a un nuevo sistema público, que reemplace los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, que deberían derogarse. En este nuevo sistema, la jubilación tendría que alcanzarse por edad y no por tiempo de servicios y no podría reconocerse una cédula viva, ya que estos factores conducen a la inviabilidad financiera de cualquier sistema. De este modo, se podría recuperar la transparencia remunerativa en la administración pública, acabando con los incrementos pensionables y no pensionables, que intentan evitar sus repercusiones pensionarias. Además, debería estar a cargo, en forma centralizada, de una sola entidad, que sea reconocida como un organismo autónomo. Se superaría así la actual dispersión de entidades pagadoras, que afecta al régimen del Decreto Ley 20530. Para implementar esta medida y dado que el Tribunal Constitucional ha considerado –desde nuestro punto de vista sin sustento- que la centralización es inconstitucional (Fundamento 20 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817), haría falta introducirla explícitamente en el texto de la Constitución.

Asimismo, en el diseño del nuevo régimen deben tomarse en cuenta los planteamientos formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo respecto del actual Sistema Nacional de Pensiones, derivados de los compromisos asumidos por el Perú al ratificar el Convenio Internacional del Trabajo 102. Estos son, fun-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

damentalmente: uno, que "una prestación reducida debería garantizarse a todo afiliado que haya cumplido un período de calificación o de empleo de 15 años" (artículo 29º, párrafo 2, a); dos, "aumentar el monto de las prestaciones pagadas por el Sistema Nacional de Pensiones, a los efectos de alcanzar el nivel prescrito por el Convenio" (artículos 65º y 66º); y, tres, preverse cómo "los representantes de las personas protegidas participan en la gestión del sistema de pensión administrado por la Oficina de Normalización Previsional y en particular si están representadas en los órganos de esta Oficina" (artículo 72º, párrafo 1) (Informe III parte I A, Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión, 2003)..

Tendría que haber una regulación pormenorizada de la transición entre los actuales sistemas y el propuesto. Si en éste se impusiera topes, aportes o contribuciones solidarias, incluso a las pensiones existentes, no podría afectarse a las que han sido reconocidas judicialmente, porque se vulneraría -además de los derechos adquiridos- la autoridad de la cosa juzgada.

La relación de ese nuevo sistema público con el sistema privado, pensamos que podría ser de dos tipos. El primero, complementario. De este modo, todos los trabajadores estarían afiliados y aportarían una tasa al sistema público, que les garantizaría una pensión básica. Se manejaría con la modalidad de reparto. Adicionalmente, habría inscripción y contribución al sistema privado, conducido con la modalidad de capitalización individual, que brindaría pensiones suplementarias. El segundo tipo de relación, sería el alternativo. En este caso, tendríamos dos sistemas de capitalización individual, uno del Estado y otro privado, en competencia por ofrecer el mejor servicio, fundada en reglas equitativas. En cualquiera de las opciones, el sistema privado debería ser sometido también a severa revisión, para prevenir o reparar las infracciones en que incurre.

Pensamos que el primer planteamiento requeriría una reforma de la Constitución, pero el segundo no. El actual artículo 11º de la Constitución, conforme al cual las entidades que brindan pensiones pueden ser públicas, privadas o mixtas, admitiría sin obstáculos una relación complementaria o alternativa entre dichas entidades gestoras. En cambio, la creación de un sistema público, que fusione a los de los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, con aplicación inmediata de nuevas reglas para las pensiones existentes, que podrían afectar derechos adquiridos, salvo que provinieran de mandato jurisdiccional firme, supondría la necesaria modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria.

El sentido de la mencionada disposición, debería ser -en nuestro concepto- el de recoger el criterio sobre vigencia de las normas en el tiempo sentado en el

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

artículo III del Título Preliminar del Código Civil: las nuevas normas se aplican inmediatamente a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes a su fecha de entrada en vigencia. Debería dejarse a salvo la materia penal, cuando favorece al reo. Por coherencia, pensamos que debería suprimirse también el primer párrafo del artículo 62º de la Constitución, porque no hay fundamento sólido para eliminar los derechos adquiridos de origen normativo y dejar subsistentes los de origen contractual. En ambos casos, el interés público o social debe primar sobre el individual.

Nos parece que las afectaciones que tras una reforma constitucional de este tipo, se impusieran a las pensiones existentes, que encontramos en principio justificadas, tendrían que sujetarse a los valores de razonabilidad y proporcionalidad, que orientan cualquier restricción sobre los derechos fundamentales de la persona. En efecto, de suscitarse un conflicto entre bienes públicos y derechos fundamentales, los organismos jurisdiccionales tendrán que apreciar si la limitación ejercida sobre éstos es un medio idóneo para lograr el fin perseguido, si entre los medios eficaces es el menos oneroso para el derecho de las personas y si la medida ofrece más ventajas que desventajas. De otro modo, aun con la Constitución modificada, nuestro Tribunal Constitucional podría -y debería- calificarla de inválida, por lesionar el derecho a la seguridad social y el de propiedad. En todo caso, no dudamos que, de llegar una reclamación frente a una vulneración como la mencionada, a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declararía fundada.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Incorporación y desincorporación en el régimen de pensiones del Estado a la luz de la jurisprudencia constitucional

César González Hunt
Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid. Ex Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito medular analizar, a partir de los fallos del supremo intérprete de la Constitución, las tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (en adelante TC), en dos aspectos centrales del régimen de pensiones del Estado regulado por el Decreto Ley Nº 20530: (i) los requisitos de incorporación al referido régimen pensionario; y (ii) la validez de la desincorporación en sede administrativa en el mencionado régimen de previsión social.

A efectos de una más lograda comprensión de las reflexiones que, al hilo de los fundamentos jurídicos del TC en las diferentes sentencias que iremos analizando, aconseja resumir – en cada uno de los temas propuestos – la esencia de los antecedentes que inciden en cada uno de los asuntos debatidos.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Como punto de partida, inclusive con antelación al análisis de los aspectos más relevantes de las sentencias del TC a comentar en los temas propuestos, debe advertirse que los fallos emitidos por el supremo intérprete de la Constitución que serán reseñados denotan en algunos aspectos centrales de los mismos la ausencia de un cabal conocimiento de los conflictos jurídicos a resolver, así como una oscilante toma de posición que ha llevado en algunos casos a variar sustancialmente la jurisprudencia precedente. En este último supuesto, y respecto a la reciente expedición de sendas sentencias[223] en uno de los temas de análisis propuestos, que a la par de carecer de un adecuado sustento jurídico, tal como lo pondremos de relieve más adelante, generaban un potencial efecto negativo de proporciones catastróficas en el sistema previsional del Estado[224], aparece con diáfana nitidez que el radical cambio de criterio del TC[225] obedece a una saludable rectificación como reacción a las justificadas críticas, casi unánimes, de los operadores del derecho a dichos pronunciamientos.

II. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY Nº 20530

1. Evolución normativa del régimen pensionario del estado y ámbito subjetivo. Regla general de incorporación y excepciones

Es precisamente en la sentencia del TC del 18 de junio de 2003, emitida en el Expediente Nº 189-2002-AA/TC, dictada en el recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de Lima del 10 de mayo de 2001, que declara improcedente la acción de amparo interpuesta contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a través de la cual el Tribunal varía sustancialmente su criterio respecto a determinados supuestos de incorporación al régimen previsional del Es-

223 Nos referimos a la publicación en la Separata de Garantías Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" del 3 de junio de 2003 y del 29 de marzo de 2003, de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los Expedientes Nº 156-2001-AA/TC (caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro) y 403-2000-AA/TC (caso Victoria Yupanqui Mendoza), respectivamente.

224 Según cálculos realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas, en virtud del fallo emitido en el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, 506,000 servidores o funcionarios públicos podrían incorporarse al régimen del Decreto Ley Nº 20530 y el cálculo actuarial de la reserva pensionaria del régimen del Decreto Ley Nº 20530 se elevaría en US$ 38,000 millones de dólares.
De otro lado, según cálculos realizados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), en función al precedente que estaría asentando el TC con el fallo expedido en el caso Victoria Yupanqui Mendoza, hasta 60,000 servidores o funcionarios públicos podrían beneficiarse, generándose potencialmente un impacto económico en la Caja Fiscal ascendente a US$ 2,900 millones de dólares.

225 Percatándose del mayúsculo error cometido, el TC emite sentencia en el Expediente Nº 189-2002-AA/TC (caso Carlos Maldonado Duarte) publicada en la Separata de Garantías Constitucionales del Diario Oficial "El Peruano" el 27 de junio de 2003 apartándose expresamente de los criterios de aplicación general que venían señalados en los casos Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro y Victoria Yupanqui Mendoza.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tado, que de forma más lograda se describe la historia de éste régimen pensionario, comúnmente conocido como el régimen del Decreto Ley Nº 20530.

Así, la sentencia en mención recuerda que la llamada Ley de Goces de 1850[226] constituye la primigenia norma que regula el régimen de pensiones de los servidores públicos, los mismos que habrían de acceder a pensión de jubilación por tener edad avanzada o por padecer enfermedad crónica comprobada que les impidiera continuar en sus funciones. Así mismo, en ella el TC resalta las disposiciones de la Ley Nº 8435 del 7 de agosto de 1936, que incorpora a los beneficios de la Ley de Goces a los funcionarios, profesionales y empleados que prestan servicios al Estado en la Administración Pública y demás dependencias fiscales, incluyendo a los empleados de las Municipalidades, Beneficencias y Compañías Fiscalizadas.

Además, la sentencia en referencia, al hacer la reseña cronológica de las normas de mayor trascendencia del estatuto pensionario de los servidores públicos, menciona al Decreto Supremo del 11 de julio de 1962 – que crea la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado y que complementa a la Ley Nº 13724[227] – que dispone la incorporación al mismo de los empleados particulares y de los empleados públicos nombrados con posterioridad a dicha fecha. Con ello, no solo se unifica el régimen de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada y de los sujetos al régimen laboral de la actividad pública sino, además, "virtualmente se cerró el régimen de la Ley de Goces de 1850, manteniendo ésta su vigencia sólo para aquellos servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962, adscritos a dicho régimen pensionario (...)"[228]. Más adelante, el TC vuelve sobre el particular al señalar que "(...) el 12 de julio de 1962 se cierra el acceso al régimen de cesantía, jubilación y montepío (pensión nivelable), ya que los que iniciaron sus servicios a partir de dicha fecha, pertenecen, necesariamente, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, y los que iniciaron sus servicios con anterioridad a dicha fecha quedarán adscritos a la Ley de Goces"[229]

En este punto debe precisarse que, la Ley del Seguro Social del Empleado unifica las disposiciones sobre la materia relativas a los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte de los empleados particulares y públicos. Y, dado que la norma en referencia no incluye disposiciones relativas a materia pensionaria, es complementada por el Decreto Supremo del 11 de julio de 1962. Así, se unen en un solo núcleo norma-

226 Ley General de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos del 22 de enero de 1850.
227 Ley del Seguro Social del Empleado del 18 de noviembre de 1961.
228 Fundamento Jurídico Primero de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte.
229 Fundamento Jurídico Sétimo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tivo las disposiciones que atañen a la salud y pensiones aplicables a quienes inicien una relación laboral en la actividad privada o pública a partir del 12 de julio de 1962.

Igualmente, la sentencia bajo comentario sostiene que el Decreto Ley Nº 20530 del 26 de febrero de 1974 "fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío – Ley de Goces -, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal. Por ello, la propia norma, en su artículo 4º, establece que es un régimen de pensiones de carácter cerrado. No obstante en diversas ocasiones fue abierto por ley (...)"[230]. Acto seguido, el TC enuncia una serie de normas emitidas con posterioridad al 26 de febrero de 1974 que permiten a determinados funcionarios y servidores del Estado incorporarse o reincorporarse al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530[231].

Sobre el particular debemos precisar que, con prescindencia de la cita textual que realiza el TC de los considerandos del Decreto Ley Nº 20530 como sustento del mismo, la norma legal fue promulgada con posterioridad a la dación del Decreto Ley Nº 19990[232], que sustituye e integra diversos sistemas de pensiones[233], el mismo que considera como asegurados obligatorios a los trabajadores que brindan servicios bajo el régimen laboral privado a empleadores particulares, a los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley Nº 11377 o de la actividad privada ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962, a los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares, a los trabajadores al servicio del hogar, a los trabajadores artistas, entre otros; siendo que el Decreto Ley Nº 20530 pretende consolidar el régimen de pensiones de los servidores y funcionarios públicos vinculados al Estado mediante una relación estatutaria. Adicionalmente, ésta última norma legal se expide a efectos de perfeccionar el régimen de la Ley de Goces, asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y cautelar el patrimonio fiscal. Es precisamente por ello que el Decreto Ley Nº 20530 ha sido titulado como el "Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado no Comprendidos en el Decreto Ley 19990".

Como puede apreciarse de lo hasta aquí expresado, históricamente ha existido una clara correspondencia entre el régimen laboral al cual se encuentra adscrito el servi-

230 Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte. En este punto cabe apreciar el error en que incurre la sentencia al atribuir al artículo 4º de la Ley la condición de cerrado del régimen pensionario cuando tal referencia aparece en su artículo 2º.

231 Vid. Fundamentos Jurídicos Cuarto, Quinto, Sexto y Octavo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte, en los que se menciona, entre otras normas, a Decreto Ley Nº 22150, a Ley Nº 24029, la Ley Nº 24366, a Ley Nº 25273, a Ley Nº 25066 y a Ley Orgánica del Poder Judicial, como disposiciones que "abren" el régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530.

232 Ley del Sistema Nacional de Pensiones del 24 de abril de 973.

233 Caja Nacional del Seguro Social Obrero, Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado y Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares (FEJEP).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

dor o funcionario público y el régimen pensionario que le corresponde. En consecuencia, el servidor o funcionario público con relación laboral vigente al 11 de julio de 1962 estaba comprendido necesariamente dentro del régimen laboral de la actividad pública regulado por la Ley N° 11377, correspondiéndole los beneficios pensionarios de la Ley de Goces de 1850, posteriormente consolidada por el Decreto Ley Nº 20530. Así, resultaba incompatible con el sistema de seguridad social en pensiones del Estado incorporar a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

En resumen, los servidores o funcionarios públicos adscritos a un único régimen previsional, el de la Ley de Goces de 1850, luego reemplazado por el Decreto Ley N° 20530, se encontraban igualmente comprendidos dentro de un único régimen laboral, el público, regulado por la Ley N° 11377.

Con posterioridad, a través de una serie de normas de excepción – mayoritariamente referidas en la sentencia bajo comentario – se permitió que grupos determinados de trabajadores que prestaban servicios al Estado en diversas empresas y entidades públicas cuyo personal se encontraba sujeto al régimen laboral de la actividad privada pudieran ser incorporados o reincorporados al régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530. Lo anteriormente señalado ha generado que el régimen de pensiones del Estado haya sido distorsionado en su esencia, dado que los niveles salariales sobre los que se produce la nivelación pensionaria de estos trabajadores que reciben remuneraciones varias veces mayores a las que perciben los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública, resultan económicamente inmanejables, apareciendo al interior de este particular régimen de pensiones un pequeño pero significativo e influyente grupo de privilegiados que reciben beneficios económicos que resultan incompatibles con las posibilidades del Estado que lo sostiene y que ha producido un creciente rechazo ciudadano.

Tal distorsión se produce desde que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979 estableció la nivelación progresiva de las pensiones sujetas al régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530[234]. Y, a pesar que tanto la disposición constitucional como las normas legales de desarrollo aluden expresamente y como es lógico, a una nivelación con los haberes de los servidores públicos en actividad[235], esto es, a los otorgados bajo el régimen laboral de la actividad pública, a

234 Para un cabal conocimiento de los alcances y evolución normativa de la nivelación de pensiones en el régimen previsional del Decreto Ley Nº 20530, vid. ABANTO REVILLA, César: "Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530", Diálogo con la Jurisprudencia, julio de 2003, Año 9, Nº 58, pp. 39 – 41.

235 Tanto la Ley Nº 23495 del 19 de noviembre de 1982, que desarrolla el precepto constitucional, como su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 015-83-PCM, señalan que la nivelación de las pensiones se efectúa sobre la base de la escala remunerativa de los servidores públicos comprendidos en el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

través de una equívoca interpretación de los alcances de éstas normas por parte del Poder Judicial y el Tribunal, los trabajadores que laboraban en las empresas y entidades públicas de propiedad estatal, incorporados al régimen previsional del Estado mediante normas de excepción, adquirirían también el derecho a que, una vez finalizada su vida laboral, sus pensiones de cesantía o jubilación se nivele con la remuneración del trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada en activo que preste servicios en el puesto en que el pensionista cesó y se reajuste en cada oportunidad en que ésta sea aumentada.

De este recuento histórico de las diversas normas que concurren en el régimen pensionario del Estado, resulta obvio que el régimen, cerrado en principio, se "reabre" por el interés de determinados colectivos que estando excluidos del mismo, pretenden ser incorporados o reincorporados a fin de gozar del singular privilegio de la nivelación pensionaria.

Ahora bien, en este punto cabe precisar que, en todos los supuestos que habilitan – a través de la regla general o mediante normas de excepción - la válida incorporación o reincorporación al régimen de pensiones del Estado, se requiere adicionalmente haber prestado servicios reales y remunerados al Estado por al menos 15 años, en el caso de los hombres y 12 y medio, en el caso de las mujeres, para tener derecho a gozar efectivamente de una pensión, tal como lo establece el artículo 4° del Decreto Ley N° 20530.

2. Incorporación al régimen de pensiones del Estado por interpretación legal: la errónea aplicación de las normas de excepción (el Caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro)

Es en este contexto que la sentencia del TC emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte introduce la referencia al ya célebre caso de la señora Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro (Expediente N° 156-2001-AA/TC) a efectos de explicar el sustento de la sentencia emitida y las razones por las que se aparta del criterio adoptado, vedando la posibilidad de que a futuro pueda ser utilizado como un precedente vinculante a fin de obtener la incorporación al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Como se recordará, en el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro el TC emite sentencia declarando fundada la demanda, en consecuencia, declara inaplicable a la recurrente una resolución de la ONP que deniega su pedido de incorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, y ordena que el Ministerio de Salud cumpla con expedir la resolución correspondiente a efectos

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

que la demandante acceda a una pensión dentro del mencionado régimen de pensiones.

La sentencia del TC en referencia inicia su fundamentación con una declaración de principio: siendo que el artículo 1° de la Constitución de 1993 establece que "(...) la defensa de la persona humana (...) es el fin supremo de la sociedad y del Estado", corresponde a las autoridades, en aplicación de la normativa correspondiente, dotar a las personas de acceso a la seguridad social la que ha de considerarse como una contraprestación a favor de quienes han entregado su cuota de trabajo en beneficio de la sociedad. En función de lo anterior, la interpretación de las normas jurídicas debe efectuarse dentro de una perspectiva que permita la plena vigencia del derecho a una pensión, sin que una limitación normativa pueda suponer un recorte al acceso a la seguridad social.

Así, dentro del contexto antes indicado, el TC, al resolver el caso bajo comentario, parte de una premisa fundamental: señalar las reglas establecidas para acceder al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 que, como norma sustantiva, fija las condiciones para alcanzar una pensión dentro de su régimen. Y, en tal orden de ideas, resulta de aplicación el artículo 4° del mismo que como ya señalamos prescribe que "el trabajador adquiere derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre; y de doce y medio, si es mujer".

A partir de esta particular apreciación de las normas jurídicas que concurrirían para resolver la litis, el TC sostiene que en el presente caso nos encontraríamos ante un aparente conflicto de normas en el cual, el Tribunal, como operador de la justicia constitucional, opta por la aplicación de la norma que da acceso a pensión a la demandante y llega a la convicción que ésta si posee derecho a una pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530. Además, al haber cesado la reclamante el 1 de junio de 1985, será de aplicación la norma sustancial (Decreto Ley N° 20530) más no así la norma que restringe su derecho a la pensión y es posterior a su cese (Ley N° 24366).

Como puede apreciarse, la sentencia del TC bajo comentario tenía una enorme trascendencia, en tanto que constituía un precedente[236] a efectos de interpretar que bastaría que un servidor o funcionario público alcance los quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre, y los doce y medio años de servicios, si es mujer, para tener derecho a percibir una pensión dentro del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

236 A tenor de lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Ahora bien, la sentencia en referencia se basa en una artificiosa construcción que no tiene correlato ni con los hechos ni con el derecho invocado. Así, la declaración de principio contenida en su fundamento jurídico segundo daría a entender que nos encontramos ante un caso en el que si no se ampara el derecho de la demandante a ser incorporada en el régimen de pensiones del Estado ésta no tendría derecho a régimen pensionario alguno, cuando de los actuados aparece con nitidez que la reclamante tenía un derecho cierto a gozar de pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 19990.

Adicionalmente, cabe resaltar que la sentencia se sustenta en una errónea interpretación de los alcances de las normas invocadas, esto es, el artículo 4° del Decreto Ley N° 20530 y el artículo 1° de la Ley N° 24366 y un aparente conflicto entre ellas.

En efecto, el artículo 4° del Decreto Ley N° 20530 está referido a los años de servicios que se exigen para tener derecho a pensión a aquellas personas que están incorporadas al régimen pensionario del Estado, más no regula un supuesto genérico de incorporación al régimen pensionario, tal como equivocadamente sostiene el TC. La incorporación al régimen se produce – como ya adelantáramos líneas arriba – si se trata de un trabajador no comprendido en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990 y la pertenencia a este régimen – y no al de pensiones del Estado – está determinada por la fecha de ingreso al trabajo en tanto que la Caja Nacional de Pensiones – posterior Sistema Nacional de Pensiones – se aplica de modo obligatorio para servidores públicos y privados a partir del 12 de julio de 1962, lo que significa que toda incorporación a partir de tal fecha no genera – en principio - derecho a acceder al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

De otro lado, resulta igualmente incorrecto señalar – como también lo hace el TC – que el artículo 1° de la Ley N° 24366 es una norma que "restringe el derecho a pensión". Por el contrario, siendo en principio el régimen de pensiones del Estado cerrado, a través de diversas normas de excepción se fueron ampliando los supuestos por los cuales se podría incorporar a trabajadores que no pertenecían a la Administración Pública, o que perteneciendo a ella, no reunían los requisitos exigidos por el Decreto Ley N° 20530. Precisamente, una de estas normas de excepción es la Ley N° 24366, lo que supone entonces que no constituye una norma de restricción sino de incorporación excepcional cuando precisamente no es aplicable la incorporación por el régimen común.

Igualmente, uno de los equívocos más clamorosos de la sentencia del TC es considerar que en la causa se presenta un conflicto de normas que lleva a que

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

el Tribunal opte por la aplicación de una en desmedro de la otra. Ello debido a que, como lo señaláramos precedentemente, por un lado, el artículo 4° del Decreto Ley N° 20530 regula un supuesto para acceder al derecho a pensión dentro del régimen del Estado, por el otro, el artículo 1° de la Ley N° 24366 regula un supuesto de incorporación al régimen de pensiones del Estado para quien precisamente no tenía derecho a incorporación directa al Decreto Ley N° 20530.

Ante la solidez y contundencia de los argumentos jurídicos que sustentan la crítica a la sentencia de la causa promovida por la señora Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, en la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte, el TC señala "(...) habida cuenta de la especial trascendencia del caso, ha considerado necesario reabrir y profundizar el examen de la materia y, (...) ha resuelto apartarse del criterio adoptado, precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso al régimen del Decreto Ley N° 20530". [237]

Ahora bien, el TC explica el sustento jurídico del precedente del cual se aparta señalando que al fallar debió preferir la aplicación del Decreto Ley N° 20530, toda vez que su Quinta Disposición Transitoria "otorgaba el derecho – durante su vigencia – a los servidores que, como la demandante, al momento de entrar en vigencia el Decreto Ley N° 20530, hubiesen acumulado no menos de 7 años de servicios". Y, como quiera que la Ley N° 24366, invocada por la demandante, no permitía su acceso al régimen de pensiones del Estado, mientras que "(...) el Decreto Ley N° 20530 – en su glosada Quinta Disposición Transitoria, en concordancia con el artículo 4° de dicho Decreto Ley – si parecía hacerlo, el Tribunal, (...) se inclinó por sancionar el derecho reclamado"[238].

A lo sostenido por el TC en dicha sentencia habría que formular, al menos, dos objeciones centrales.

En primer lugar, y tal como señaláramos precedentemente, en el caso Medina Pantoja no se presentó ningún conflicto de normas que pudiera llevar a optar por la aplicación de una (Decreto Ley N° 20530) en desmedro de la otra (Ley N° 24366).

En segundo lugar, y lo que resulta más grave y preocupante, es la invocación a la Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 20530 para sustentar el fallo. Ello debido a que: (i) la norma en referencia nunca habilitó válidamente incorporación alguna al régimen de pensiones del Estado por estar sujeta a la dación de una norma reglamentaria que nunca se promulgó, por lo que resulta in-

237 Segundo párrafo del Fundamento Jurídico Undécimo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte
238 Primer párrafo del Fundamento Jurídico Undécimo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

consistente sostener que el "ocio del Ejecutivo no debe impedir el cumplimiento de la ley y sus objetivos"; y (ii) la norma ahora invocada como trascendente para la resolución de la causa – Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley Nº 20530 – no ha sido referida siquiera tangencialmente en la sentencia que resuelve el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro. Así, a pesar que pareciera insólito, el TC pretende justificar el fallo emitido en un sustento inexistente en el texto de la sentencia.[239]

En todo caso, y a pesar de la inconsistente "explicación" que brinda el Tribunal, cabe resaltar en este punto la saludable rectificación que realiza el TC del cuestionable precedente de mayúsculo impacto económico que representaba la sentencia emitida en la causa promovida por doña Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, tal como dejáramos señalado con anterioridad[240].

3. Incorporación al régimen de pensiones del Estado por interpretación legal: la adición de los años de formación profesional

El artículo 41º del Decreto Ley Nº 20530 establecía que a los trabajadores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, se les computaba de abono hasta cuatro años de formación profesional, luego de quince años efectivos de servicios, los hombres y doce y medio años las mujeres, siempre que tales años de formación profesional no fueren simultáneos con los servicios prestados al Estado y se realicen los aportes correspondientes al fondo pensionario.

Luego, a través del artículo 1º de la Ley Nº 24156 del 6 de junio de 1985, se modifican los alcances del artículo 41º del Decreto Ley Nº 20530, permitiendo que los años de formación profesional puedan ser simultáneos a los prestados al Estado y que los años acumulados se computen también para la determinación de otros derechos distintos a los pensionarios, precisándose que éstos se agregan al tiempo de servicios luego de haber laborado los servidores y funcionarios públicos comprendidos en el régimen laboral de la Ley Nº 11377 un mínimo de quince años de servicios en el caso de los hombres y doce y medio años las mujeres.[241]

Es a partir de éstas disposiciones legales, que se promueven ante el Tribunal Nacional del Servicio Civil – ente administrativo encargado de resolver en últi-

239 En igual sentido vid. GARCIA GRANARA, Fernando. "Cédula viva, Seguridad Social y Reforma Previsional". Diálogo con la Jurisprudencia, Julio de 2003, Año 9, Nº 58, p. 56.

240 Con respecto al impacto económico de la sentencia emitida en el caso Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro, vid cita Nº 2.

241 Derogado por la Décimo Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, del 23 de abril de 1996.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ma instancia, entre otros, los conflictos derivados de derechos pensionarios de los servidores y funcionarios al servicio del Estado – procesos en los que se pretende sostener que cabe anteponer a la fecha de ingreso al Estado los cuatro años de formación profesional, a fin permitir a los solicitantes acogerse al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530.

Dicha tesis es acogida expresamente en un recordado pronunciamiento emitido con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria por la Primera Sala del Tribunal Nacional del Servicio Civil, la que considera posible que, en mérito de las normas antes reseñadas y por aplicación de los principios del indubio pro operario y retroactividad benigna de la norma en materia laboral cuando es más favorable al trabajador, contemplados en la Constitución de 1979, se retrotraigan los cuatro años de formación profesional al inicio efectivo de servicios, con el único propósito de habilitar el ingreso de la reclamante al régimen de pensiones del Estado.[242]

Tal apreciación de los alcances del artículo 41º del Decreto Ley Nº 20530 y, centralmente, del artículo 1º de la Ley Nº 24156, resulta manifiestamente equívoca, toda vez que dichas normas legales pretenden conceder a quien ya está incorporado al régimen de pensiones del Estado el beneficio de poder gozar de una mayor pensión siempre y cuando éste acredite contar con quince años de servicios reales si es hombre y doce y medio si es mujer.

La Ley Nº 24156 no es una norma de excepción para la incorporación o reincorporación al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530, por el contrario, ésta es una norma que busca favorecer con una mayor pensión a quienes ya están dentro de este régimen de pensiones (las pensiones se reconocen sobre la base a un ciclo laboral máximo de 30 y 25 años, según se trate de hombres o mujeres, de tal manera que más años de servicios permitirán una mayor pensión: 30 o 25 avas partes adicionales; inclusive, se podría acceder a la nivelación de la pensión – efecto espejo – a partir de 20 o más años de servicios, conforme lo dispuesto por la Ley Nº 23495).

En este orden de ideas, lo más pernicioso de dicha "interpretación" de los alcances de la Ley Nº 24156, es que utilizando una ficción jurídica sin sustento legal alguno al sostener que los cuatro años de formación profesional se anteponen a los años de servicios prestados a favor del Estado, la fecha de ingreso a la Administración Pública se "retrotrae" a un momento en el que la persona no trabajaba para el Estado con el único

242 Resolución Nº 009-90-TNSC-1ra. Sala del 23 de julio de 1990, emitida en el proceso de reclamación interpuesto por doña Juana Arce Gracey (Expediente Nº 995-89).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

propósito de que alguna de las normas excepcionales de incorporación o reincorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 le pueda ser aplicable. En síntesis, mediante una norma legal no se puede modificar la realidad objetiva: la fecha de ingreso real de un servidor o funcionario al servicio de la Administración Pública.

En adición a lo anteriormente señalado, cabe hacer presente que la aplicación de los principios del indubio pro operario y retroactividad benigna de la norma en materia laboral cuando es más favorable al trabajador en la reclamación administrativa seguida por ante el Tribunal Nacional del Servicio Civil resulta manifiestamente impertinente. Ello debido a que, por un lado, no existe duda sobre los alcances y sentido de la norma que ha de aplicarse, y, del otro, no cabe postular que el artículo 1° de la Ley N° 24156 constituya – para los efectos de la eventual "anteposición" de los años de formación profesional a la fecha de ingreso al Estado – una norma más favorable que el artículo 41° del Decreto Ley N° 20530.

Por ello, en función a los argumentos jurídicos antes señalados, el criterio adoptado por la Primera Sala del Tribunal Nacional del Servicio Civil en sede administrativa fue dejado sin efecto por la jurisprudencia uniforme de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.[243]

Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional – variando el criterio precedentemente adoptado por él mismo en causas similares en las que sostiene la imposibilidad de anteponer los años de formación profesional a la fecha real de ingreso del servidor o funcionario público a la Administración Pública, a efectos de obtener su incorporación o reincorporación al régimen de pensiones del Estado[244] - al emitir la sentencia del 6 de agosto de 2002 que resuelve la demanda de acción de amparo promovida por doña Victoria Yupanqui Mendoza (Expediente N° 403-2000-AA/TC) señala lacónicamente, al analizar los alcances del artículo 1° de la Ley N° 24156, que, "el Tribunal Constitucional considera que este derecho no se adiciona al final, sino que se antepone, por lo que, en el presente caso, procede la reincorporación de la recurrente al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530" (Fundamento Jurídico Segundo).

En este punto, debemos hacer presente que en dicha causa doña Victoria Yupanqui Mendoza solicita su reincorporación al régimen pensionario del Estado

243 Entre otros pronunciamientos, cabe mencionar las sentencias del 26 de setiembre de 1987, correspondiente al Expediente Nº 526-96 y del 2 de octubre de 1998, correspondiente a los Expedientes Nº 1511-97 y Nº 1518-97.

244 Ver sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de mayo de 2002 expedida en la demanda de acción de amparo interpuesta por don Wigberto Dioses Peralta (Expediente Nº 244-2000-AA/TC) que cuenta con la firma de los actuales Magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia del 29 de diciembre de 1998 en la demanda de acción de amparo promovida por doña Susana Puémape Fernández (Expediente Nº 121-98-AA/TC).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

fundamentando su pedido en el hecho de haber ingresado a prestar servicios a la Administración Pública el 20 de junio de 1977 y de haber obtenido – mediante Resolución administrativa – la acumulación a su tiempo de servicios de cuatro años de formación profesional.

Al emitir sentencia en el caso promovido por la señora Yupanqui Mendoza, el TC declara fundada la demanda ordenando la reincorporación de la accionante al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530 sin hacer mención expresa a la norma que la sustenta, aún cuando en la parte considerativa del fallo efectúa una sencillamente desconcertante mención a la Ley Nº 24366. Tal cuestionamiento a la sentencia se sustancia en el hecho que, inclusive con la anteposición de los años de formación profesional de la demandante a su real fecha de ingreso, ésta sólo podría ser considerada como "ingresante" al servicio del Estado el 21 de junio de 1973, cuando de conformidad con lo dispuesto por la norma legal invocada por el TC (Ley Nº 24366) constituye requisito inexorable para su aplicación venir laborando como servidor o funcionario público desde el 27 de febrero de 1967.

Adicionalmente, la sentencia en mención no sólo resulta criticable por la ausencia de motivación jurídica que rebata los argumentos legales antes desarrollados y por no precisar en función a que norma excepcional de incorporación doña Victoria Yupanqui Mendoza tendría derecho a ser reincorporada al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530 sino, además, por el potencial impacto económico negativo para las finanzas públicas que traería el precedente que sentaría el TC con su fallo, esto es, que cualquier servidor o funcionario público con formación profesional podría anteponer a su fecha real de ingreso a prestar servicios al Estado hasta cuatro años de servicios para efectos de su incorporación al régimen de pensiones del Estado.[245]

Ante las fundadas críticas planteadas en contra del fallo del TC sobre este particular, al emitir sentencia en el célebre caso Carlos Maldonado Duarte, el Tribunal efectúa una segunda saludable rectificación de criterio al sostener, respecto al cómputo del abono de los hasta cuatro años de formación profesional, que "(...) Este abono se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado y no con anterioridad, es decir, no se agrega al inicio de su relación laboral con el Estado, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41º del Decreto Ley Nº 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince años o doce y medio años según sea el caso".[246]

245 Con respecto al impacto económico de la sentencia emitida en el caso Victoria Yupanqui Mendoza, vid. cita Nº 2
246 Fundamento Jurídico Décimo de la sentencia emitida en el caso Carlos Maldonado Duarte

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Y, resaltando el valor de precedente vinculante que le concede a este pronunciamiento en particular, el TC precisa: "*En el pasado, y sobre la base de antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa sumatoria retroactiva, que el Tribunal Constitucional, a partir de esta fecha y para el futuro, descarta*".

4. La incorporación y reincorporación al régimen de pensiones del Estado por mandato judicial en procesos de amparo constitucional

Como ya lo hemos indicado con anterioridad, aquellas personas que vieron afectados sus derechos, ciertos o expectaticios, en el régimen previsional del Estado, acudieron mayoritariamente al Poder Judicial vía acción de amparo constitucional solicitando ser incorporados al régimen, por entender tener derecho al mismo o por haberse denegado su solicitud en sede administrativa, o su reincorporación al régimen, por cumplir con los requisitos para ello o haber sido desincorporados administrativamente. Ciertamente, el mayor contingente de reclamantes estaba constituido por aquellos que en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo Nº 763, que como se recordará establece la nulidad de pleno derecho de toda incorporación o reincorporación realizada con violación de lo dispuesto por el artículo 14º del Decreto Ley Nº 20530, habían sido desincorporados administrativamente.

En tales supuestos, los demandantes, alegando la violación o amenaza inminente de su derecho constitucional a la seguridad social por acción u omisión de los funcionarios de las entidades o empresas del Estado, instauran sus procesos de amparo. En algunos casos la pretensión principal radicaba en la incorporación al régimen pensionario, en otras el restablecimiento del pago de las pensiones dejadas de abonar.[247]

Los pronunciamientos emitidos en sede constitucional han privilegiado mayoritariamente una visión estrictamente formal del conflicto de derecho planteado. No han analizado suficientemente si el recurrente ha venido gozando y ejerciendo el derecho invocado de acuerdo a ley, o ha estado en aptitud de hacerlo con tal carácter. El común denominador de tales fallos estriba en desconocer la facultad de la administración de efectuar las desincorporaciones unilateralmente, debiendo necesariamente recurrir a la acción de nulidad de incorporación en sede judicial para dilucidar la legalidad o no de éstas. Con ello, se desconoce el efecto de la nulidad de pleno derecho sancionada por el Decreto Legislativo Nº 763.

247 Una visión panorámica del problema estudiado aparece reseñada en HEREDIA MENDOZA, Madeleine. "La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530". Gaceta Jurídica, mayo de 1996, Nº 30, pp. 39-46.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En todo caso, en el presente trabajo quisiéramos poner de relieve que el Tribunal en sus últimos pronunciamientos no ha asumido un criterio uniforme sobre el particular. Así, en dos fallos emitidos recientemente en los cuáles se solicita la incorporación y reincorporación, respectivamente, al régimen de pensiones del Estado en entidades y empresas del Estado, el TC ha expedido sentencias asumiendo criterios diversos.

En efecto, en una demanda de acción de amparo interpuesta en contra de ENTEL PERU, el Tribunal sostiene: "queda acreditado que la demandante cumple con los requisitos establecidos por la Ley Nº 25273, razón por la que (...) resulta procedente su reincorporación al régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley Nº 20530" (sentencia del 17 de octubre de 2002, emitida en el Expediente Nº 0036-2002-AA/TC).

Como puede apreciarse de la sentencia glosada, en dicho caso el TC aprecia que la recurrente cumple con los requisitos de reincorporación al régimen previsional del Estado señalados en una norma de excepción (Ley Nº 25273), por lo que concluye accediendo a lo peticionado.

Por el contrario, en otra causa que mereció un pronunciamiento del mismo TC en fecha muy cercana a la de emisión de sentencia en el proceso antes mencionado, seguida esta vez contra el INSTITUTO DE SALUD, el Tribunal señala que "dado que la demandante no tiene un derecho reconocido que le asegure el disfrute de una pensión de acuerdo con el régimen del Decreto Ley Nº 20530, puesto que no ha demostrado la existencia de acto administrativo alguno que así lo acredite, o que reúne los requisitos para ello, la demanda debe desestimarse" (sentencia del 22 de octubre de 2002, emitida en el Expediente Nº 0687-2002-AA/TC).

En este último caso, el Tribunal deniega el pedido de incorporación debido a que la recurrente no acredita contar con una resolución administrativa que de sustento a su reclamación, ni reunir los requisitos para ello.

III. DESINCORPORACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY Nº 20530

Tal como se ha señalado precedentemente, un repaso histórico de las disposiciones que han regulado en el tiempo el régimen previsional del Estado revela la existencia de una clara correspondencia entre el régimen laboral en el que se encuentra comprendido el servidor o funcionario público y el régimen pensionario al cual se adscribe. Así, el servidor o funcionario público con relación laboral vigente al 11 de julio de 1962 estaba inexorablemente incorporado al régimen

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

laboral de la actividad pública regulado por la Ley Nº 11377, correspondiéndole los beneficios pensionarios de la Ley de Goces de 1850, posteriormente consolidada por el Decreto Ley Nº 20530. En tal escenario, resultaba absolutamente incompatible con el régimen pensionario del Estado incorporar a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Es más, el propio Decreto Ley Nº 20530 lo impedía al establecer en su artículo 14º, inciso b), la imposibilidad de acumular los servicios prestados al Sector Público bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector bajo el régimen laboral de la actividad privada. Más aún, el mismo Decreto Ley Nº 20530 señala en su artículo 17º que en el caso de reingreso al Estado no cabe adicionar para fines pensionarios los nuevos servicios prestados con los precedentemente laborados en el propio Estado[248].

Pero, a partir de mediados de la década de los 80 del siglo pasado y a través de diversas normas de excepción, se permitió que determinados grupos de trabajadores que prestaban servicios al Estado en diversas empresas y entidades públicas cuyo personal se encontraba sujeto al régimen laboral de la actividad privada pudieran ser incorporados al régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530, "reabriéndose" el régimen, en principio cerrado.

Y, a partir de estas normas de incorporación y reincorporación excepcionales, al interior de las diversas empresas y entidades públicas con personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada se ensayaron una serie de interpretaciones respecto a los alcances de éstas normas de excepción que tuvieron como común denominador permitir indebidas "incorporaciones" al régimen de pensiones del Estado, así como que en éstas se acumule para efectos pensionarios tiempo de servicios prestado en distintos regímenes laborales, a pesar de la expresa prohibición contemplada por el artículo 14º, inciso b) del Decreto Ley Nº 20530. Lamentablemente, tales criterios, carentes de asidero legal, fueron sostenidos por el Tribunal Nacional del Servicio Civil, con el manifiesto agravante de constituir sus resoluciones precedentes de cumplimiento obligatorio en sede administrativa[249].

248 Excepcionalmente, el artículo 2º de la Ley Nº 23329 permite la reincorporación al régimen de aquellos servidores y funcionarios públicos ingresados antes del 11 de julio de 1962 que, encontrándose en la situación de cesantes hubiesen reingresado o reingresen al Sector Público. En tal caso estos dejan de percibir la pensión que recibían, acumulando el nuevo tiempo de servicios a prestado con anterioridad para efectos de computo de la pensión definitiva que les ha de corresponder.

249 Incluso el Tribunal Nacional del Servicio Civil llega a sustentar una singular teoría a partir de la cual bastaba que el empleador fuera el Estado, independientemente del régimen laboral al que estuviera adscrito el trabajador, para que éste tenga derecho a ser incorporado al régimen previsional del Estado. Con tal "criterio interpretativo" miles de trabajadores de las empresas del Estado obtendrían indebidamente su incorporación al régimen, tal como se recuerda en: MORALES CORRALES, Pedro: "El fracaso de los sistemas pensionarios a cargo del Estado y la Resolución del Tribunal Constitucional del 18 de junio de 2003", Diálogo con la Jurisprudencia, julio de 2003, Año 9, Nº 58, p. 28.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Lo anteriormente señalado, fuera de generar una evidente distorsión en la esencia del sistema de seguridad social en pensiones del Estado ha de derivar en el tiempo a una situación económica inmanejable, incompatible con las reales posibilidades del Estado que lo sostiene.

Percatándose de ello, y como ya ha sido referido con antelación, el Supremo Gobierno emite en el año 1991 el Decreto Legislativo N° 763 que declara la nulidad de pleno derecho de todo acto de incorporación efectuado en clara contravención de lo dispuesto por el artículo 14° del Decreto Ley N° 20530.

Y, a partir de esta norma legal, las empresas y entidades públicas cumplen con emitir resoluciones de carácter administrativo que declaran la nulidad de las incorporaciones indebidas[250]. Como reacción a tales actos, los afectados interponen demandas de acción de amparo alegando la violación de su derecho constitucional a la seguridad social, solicitando el restablecimiento del pago de sus pensiones.

En este punto, cabe recordar que la primigenia norma que regula la facultad administrativa de declarar la nulidad de oficio de las resoluciones que contraríen el interés público, el artículo 112° del Decreto Supremo N° 006-67-SC[251], no estableció plazo alguno para que la Administración Pública recurra de sus propias resoluciones. En consecuencia, durante la vigencia de esta norma la facultad de la administración para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas dictadas por ella resultaba imprescriptible.

Es a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 26111[252], que modifica el precedente Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y lo eleva a rango de Ley, que se establece a través del agregado de un segundo párrafo a su artículo 113°, el plazo de 6 meses, contados a partir de la fecha en que el acto administrativo queda consentido[253], para que la administración pueda declarar la nulidad de sus propias resoluciones.

Posteriormente, la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960, que modifica el Decreto Supremo N° 02-94-JUS – Texto Unico Ordenado de la Ley de

250 En torno a la posibilidad que empresas estatales de Derecho Privado emitan resoluciones vinculadas con la incorporación y desincorporación en el régimen previsional del Estado, vid. GASTABURU JASH MOTO, Carlos y ZARATE SALAS, Gerardo: "La nulidad administrativa de los actos de incorporación y el Registro 20530", Análisis Laboral, marzo de 1997, pp. 7- 10.

251 Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, vigente desde el 12 de noviembre de 1967.

252 Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, vigente desde el 1 de enero de 1993.

253 La resolución queda consentida vencido sea el plazo de impugnación en sede administrativa, adquiriendo la calidad de "cosa decidida".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Normas Generales de Procedimientos Administrativos –[254], fija el plazo para la declaración de nulidad de las resoluciones en sede administrativa en 3 años, contados a partir de la fecha en que éstos hayan quedado consentidos.

Hecha esta necesaria aproximación a los temas en cuestión respecto a la viabilidad de la desincorporación al régimen de pensiones del Estado en sede administrativa y el plazo para ejercitarla[255], cabe analizar los pronunciamientos del TC en esta materia. Y, en este punto se pone de manifiesto, una vez más, la errática jurisprudencia del Tribunal en materia pensionaria.

Así, de un lado, una serie de sentencias emitidas en el tiempo consideran como válidas las resoluciones de desincorporación, centralmente por haberse emitido éstas dentro de los parámetros establecidos por las normas habilitantes, pero, de otro lado, el mismo Tribunal en diversas sentencias cuestiona las resoluciones de desincorporación a pesar de haber sido emitidas dentro de los plazos señalados para declarar la nulidad de las mismas. Veamos.

Por un lado, el TC sostiene en una demanda de acción de amparo interpuesta en contra de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) que "*la Resolución de desincorporación fue dictada cuando aún se encontraba vigente el Reglamento General de Normas de Procedimientos Administrativos (D.S. Nº 006-SC-67), que no contemplaba plazo para que la Administración anule las resoluciones dictadas en agravio del interés público. Por lo tanto, no se ha vulnerado ningún derecho constitucional*" (sentencia del 9 de octubre de 2002, emitida en el Expediente Nº 0204-2000-AA/TC).

Tal criterio ya había sido adelantado en una serie de sentencias expedidas por el Tribunal en procesos constitucionales de amparo interpuestos en contra de diversas empresas y entidades del Estado. Así, cabe recordar que en un caso seguido contra ENACE, el TC señalaba que "*la Ley Nº 26111 establece el plazo de seis meses para declarar en la vía administrativa la nulidad de los actos administrativos. Por lo tanto, a la fecha de emisión de la resolución de desincorporación ENACE aún contaba con capacidad para declarar la nulidad de la incorporación*" (sentencia del 8 de julio de 1998, emitida en el Expediente Nº 1268-

254 Vigente desde el 31 de mayo de 1998.

255 A efectos de tener una visión completa sobre el plazo para la declaración administrativa de nulidad de las resoluciones de incorporación al régimen de pensiones del Estado y la aplicación temporal de las normas sobre el particular, vid. CALDERÓN VERA, Víctor y ZEVALLOS ALEGRE, Ronald: "El plazo legal en la facultad administrativa de declarar la nulidad de sus propias resoluciones. Su institución y reglamentación en la legislación vigente", Diálogo con la Jurisprudencia, abril de 2001, pp. 29 – 33, así como ABANTO REVILLA, César: "Decreto Ley Nº 20530: La nulidad administrativa y las incorporaciones indebidas", Diálogo con la Jurisprudencia, abril de 2002, Año 8, Nº 43, pp. 101 – 102.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

97-AA/TC). Y, en otro proceso seguido en contra del INGEMMET, establecía que "*la ONP declaró la nulidad de la resolución de incorporación de la demandante, en aplicación del Decreto Legislativo Nº 763 y el Decreto Ley Nº 25456, incorporándola al Sistema de Pensiones regulado por el Decreto Ley Nº 19990, por lo cual la acción de amparo es declarada improcedente*" (sentencia del 13 de agosto de 1998, emitida en el Expediente Nº 1056-97-AA/TC).

Este criterio puede resumirse en lo expresado en un último pronunciamiento del TC en una demanda de acción de amparo interpuesta en contra de ENACE, al sostener: "*Este Tribunal tiene establecido que los derechos pensionarios obtenidos al amparo del Decreto Ley Nº 20530, no pueden ser desconocidos en forma unilateral y fuera de los plazos de Ley, salvo que se determine su nulidad en un proceso regular seguido en sede judicial*" (sentencia del 20 de enero de 2003, emitida en el Expediente Nº 1751-2002-AA/TC).

Y es que la administración, entendiéndose por ella en estos casos a las empresas y entidades del Estado, está habilitada legalmente a desincorporar en sede administrativa del régimen previsional del Estado a aquellas personas que fueron incorporadas indebidamente, siempre y cuando tal desincorporación se haya realizado dentro de los plazos señalados en la ley. Vencido el plazo establecido, la empresa o entidad estatal podrá recurrir al Poder Judicial, a fin de obtener un pronunciamiento judicial que declare la nulidad de tal incorporación.

Por ello resulta sorprendente que el Tribunal, en otros procesos judiciales similares a los anteriormente reseñados, haya concluido, a pesar de resultar claro y manifiesto que los plazos para declarar la nulidad en sede administrativa no habían vencido, que las desincorporaciones resultan inválidas[256].

En dicho sentido se pronuncia el TC al sostener en una causa seguida en contra de ENAPU que "*conforme se ha expresado en la sentencia recaída en el expediente Nº 008-96-I/TC (sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo Nº 817) (...) los derechos pensionarios adquiridos no pueden ser desconocidos unilateralmente (...) sólo procede declarar su nulidad a través de un proceso regular en sede judicial*" (sentencia del 9 de octubre de 2002, emitida en el Expediente Nº 1077-2001-AA/TC).

Del mismo modo, el Tribunal en un proceso seguido contra Enace señala que "*la resolución de desincorporación emitida cuando el beneficiario venía perci-*

256 A guisa de ejemplo, a efectos ilustrar el criterio del Tribunal contrario a la desincorporación en sede administrativa cabe referirse, entre otras muchas, a la sentencia del 22 de enero de 2003, emitida en el Expediente Nº 2547-2002-AA/TC.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

biendo pensión carece de eficacia porque atenta contra su bienestar y significa una renuncia al régimen de pensiones consolidado a su favor, en contravención del principio de irrenunciablidad establecido por la Constitución (26°.2)" (sentencia del 5 de setiembre de 2002, emitida en el Expediente N° 0182-2002-AA/TC).

En primer término, cabe apreciar que las sentencias antes glosadas parecen desconocer que la protección en sede constitucional concedida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 está circunscrita a los "*derechos legalmente obtenidos*", esto es, aquellos derechos pensionarios otorgados dentro del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 con arreglo a la ley. Por ende, las incorporaciones indebidas al régimen previsional del Estado no pueden, bajo ningún punto de vista, gozar de amparo constitucional.

En segundo lugar, en cuanto a la última sentencia reseñada, aparece nítidamente un grueso error conceptual del TC al pretender sustentar su fallo en la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, reconocido efectivamente por el artículo 26°, 2 de la Constitución de 1993. Ello debido a que el citado principio resulta de aplicación en el caso en el que el trabajador resigna voluntariamente un derecho surgido de una norma imperativa. Pues bien, en el presente caso no existe disposición o renuncia de derechos por parte del pensionista. Todo lo contrario, es más bien la acción judicial del pensionista afectado por una resolución de desincorporación dispuesta sin su intervención la que motiva el pronunciamiento en sede constitucional del Tribunal. De otro lado, resulta igualmente cuestionable la invocación de un derecho de estricto contenido laboral para amparar un pretendido supuesto en materia previsional.

De otro lado, el Tribunal tampoco expone un criterio uniforme en el supuesto de aquellas incorporaciones realizadas en virtud de una mera comunicación que, en principio, no reuniría los requisitos establecidos para ser considerada, en puridad, como una resolución administrativa, que luego han merecido otra comunicación de desincorporación al régimen de pensiones del Estado. Dos sentencias del TC expedidas en sendas demandas de acción de amparo seguidas en contra de Petroperú reflejan lo antes señalado. Veamos.

En una última sentencia del TC que resuelve un caso en el que la incorporación del pensionista se dio el 5 de marzo de 1986 y su desincorporación el 5 de junio de 1991, llevándose a cabo éstas a través de una simple carta y no mediante una resolución administrativa, el Tribunal sostiene: "*si la empresa Petróleos del Perú consideraba que el demandante fue incorporado indebidamente (...) debió proceder a anular o modificar la citada carta, de acuerdo a las disposicio-*

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

nes contenidas en el artículo 112º y siguientes del D.S. Nº 006-67-SC, aplicable al asunto materia de autos; o, en todo caso, debió recurrir para dicho fin a la sede judicial" (sentencia del 23 de enero de 2003, emitida en el Expediente Nº 0531-2002-AA/TC).

El razonamiento que trasunta la sentencia bajo comentario resulta curioso. De un lado, el Tribunal no cuestiona que la incorporación al régimen de pensiones del Estado se haya realizado mediante una simple carta. Es más, resulta obvio que la considera absolutamente válida. Y, por el contrario, la desincorporación efectuada también a través de una carta resultaría contraria a derecho por no haberse expedido una resolución administrativa "*de acuerdo a las disposiciones contenidas en los artículos 112º y siguientes del D.S. Nº 006-67-SC*".

Además, *cabe reparar* que dicha sentencia varía radicalmente un criterio anteriormente expuesto por el mismo TC que en un caso similar seguido contra Petroperú sostuvo que "*al no tener el demandante un derecho reconocido para el disfrute de una pensión de acuerdo al régimen del Decreto Ley Nº 20530, su pretensión no resulta amparable*". Ello debido a que la carta que lo incorpora al régimen pensionario del Estado no cumple tal propósito pues "*de acuerdo al artículo 46º del Decreto Ley Nº 20530 las pensiones se otorgan en base al reconocimiento de servicios mediante Resolución de Pensión expedida por el Titular del Pliego correspondiente*" (sentencia del 23 de octubre de 1998, emitida en el Expediente Nº 218-98-AA/TC).

Y es que, efectivamente, el artículo 46º del Decreto Ley Nº 20530 dispone que las pensiones dentro del régimen previsional del Estado se otorgan de oficio a través de la emisión de resolución administrativa. Así, el acto de otorgamiento de pensión de cesantía o jubilación prescindiendo de la formalidad exigida por la ley resultaría cuestionable. Sobre el particular, cabe recordar que, en principio, las empresas del Estado – tales como Petroperú – no se encontraban habilitadas para emitir tales resoluciones. Solo de forma excepcional, un número reducido de éstas fueron facultadas expresamente para ello[257].

257 En torno a la aplicación del artículo 46º del Decreto Ley Nº 20530 en las empresas del Estado, vid. GASTIABURI JASHIMOTO, Carlos y ZARATE SALAS, Gerardo: art. cit., p. 8.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Los efectos de la "Amparización"

MARIO PASCO COSMÓPOLIS
Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex Presidente de la Sociedad Peruana del Trabajo y la Seguridad Social.

La adopción por el Tribunal Constitucional de los nuevos criterios en la apreciación del despido, concretados en una serie de resoluciones recaídas – todas ellas, curiosamente – en juicios seguidos contra la empresa Telefónica, produjo en su momento una enorme conmoción en el mundo laboral.

Sin duda, otros colegas las examinarán en su contenido sustancial, dada su trascendencia. Nosotros lo haremos en su dimensión procesal, esto es, cuáles son las consecuencias que habrán de tener, principalmente, respecto del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

Ya ha sido dicho, pero es preciso repetir que una de las consecuencias previsibles de esas resoluciones habrá de ser la inducción al uso exagerado de la acción de amparo, lo que denominamos "amparización", proceso que podría llegar a convertir a la vía ordinaria o paralela en un mecanismo de protección secundario o residual, acarreando consecuencias negativas sobre el sistema de administración de justicia. Este fenómeno ya se venía produciendo aún antes de las recientes resoluciones, y hay estadísticas que arrojarían un peso abrumador de este tipo de acciones en el despacho judicial, que se estima superior al 30%, lo que es muy considerable. Ahora, esa carga de trabajo habrá previsiblemente de aumentar, al tiempo que disminuya de modo proporcional la de los juzgados laborales.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Aparte del peso cuantitativo señalado, debe advertirse el riesgo de que asuntos que requieren de una formación especializada para su cabal comprensión, como son los laborales, sean vistos por jueces civiles, sin la debida capacitación. Ello puede llevar a la aparición de criterios extravagantes, fruto del desconocimiento, como sucediera sin más con la resolución de una sala de la Corte Superior de Lima que declaró fundada una acción de amparo y ordenó la reposición de un trabajador que había incurrido en abandono de trabajo bajo el absurdo argumento de que, por habérsele descontado los días dejados de trabajar, la aplicación del despido constituía una doble sanción por un solo hecho, lo que, según el erróneo parecer de los magistrados, contrariaba el principio non bis in idem. No repararon los señores vocales en algo que a ningún juez laboral escaparía: el descuento – o, mejor dicho, el no pago – por los días dejados de trabajar no constituye sanción, sino la simple consecuencia de no haberse laborado: a falta de prestación, no cabe contraprestación.

En lo que a los aspectos del proceso propiamente dicho se refiere, decía hace muy poco un ex presidente de la Corte Suprema de Colombia, el Dr. Gabriel Valdez [258], que la "tutelarización" – equivalente a nuestra "amparización" – se traducía en degradación y precarización del proceso, y por ende en quebrantamiento del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, que son garantías constitucionales.

Se refería, como es obvio, a la posición que frente a las acciones de garantía constitucional tiene el demandado, dados determinados privilegios procesales que se conceden al accionante.

En efecto, la acción de amparo es deliberadamente desigual: destinada a salvaguardar los derechos supremos que dimanan de la carta constitucional, tiene un carácter marcadamente tutelar, lo que aparece desde su propio nombre: acción de tutela, en Colombia; acción de amparo en el Perú, así como en muchos otros.

Por ello, porque protege, tutela o ampara los derechos constitucionales del ciudadano frente a acciones u omisiones del Estado u otros particulares, está configurada como un trámite lineal, extremadamente sencillo y expeditivo. Para tal objeto, los plazos conferidos al demandado son brevísimos, al borde de la indefensión: tres días para contestar la demanda, un día para absolver la solicitud de medida cautelar. Adicionalmente, se elimina la etapa probatoria; sin embargo, se permite la presentación de prueba instrumental y se autoriza al juez a ordenar la realización de las diligencias que considere necesarias (artículo 10° Ley N° 23506), aunque en la práctica rara vez se verifica el ejercicio de tal facultad.

258 En Conferencia pronunciada con ocasión del 55º Aniversario del Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Bogotá, 7 de noviembre de 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

De esta manera, se reduce notablemente la capacidad de actuación de las partes, fundamentalmente de la parte demandada, quienes deben sustentar sus pretensiones y defensa básicamente con argumentos, no con pruebas. Tal situación perjudica principalmente a la parte demandada, la cual debe acopiar con gran premura, en un par de escasos días, la prueba instrumental sobre la que funda su defensa; pero también al actor, ya que de no aportar los elementos probatorios que formen convicción en el juzgador respecto de la existencia y violación del derecho constitucional invocado, su demanda será declarada infundada, lo cual no es poco frecuente.De esta manera, en la acción de amparo se encuentra sumamente debilitado uno de los elementos constitutivos del debido proceso, entendido como el conjunto de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de justicia en el caso concreto, esto es la posibilidad de probar las razones que se alegan [259].

Por eso, la acción de amparo estuvo concebida para aquellos casos en los que la claridad del derecho invocado y la evidencia de su violación fueran tan evidentes que hicieran innecesaria la existencia de una etapa probatoria para su formal demostración. Este criterio ha sido recogido en numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre los que cabe citar la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2002 (EXP. N.° 283-99-AA/TC), en cuyo quinto considerando se señala a la letra lo siguiente:

> *"Este Tribunal ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que la acción de amparo no genera derechos ni modifica los otorgados conforme a las normas legales correspondientes, sino que sirve para cautelar los derechos existentes, caso contrario se desvirtuaría su carácter tutelador de los derechos constitucionales, más aún cuando en el caso de autos existen aspectos controvertidos y litigiosos, en el cual se trata de discernir los años de aportes adicionales para la jubilación de la demandante. Por lo tanto, debe concluirse que el presente proceso constitucional no resulta idóneo para que se pueda dilucidar tal pretensión, por carecer de etapa probatoria, de conformidad con lo prescrito por el artículo 13° de la Ley N° 25398. No obstante se deja a salvo el derecho de la demandante para que, en una vía más lata, con la correspondiente estación probatoria, pueda acreditar los hechos alegados."*

259 DE BERNARDIS, Luis Marcelo. "La Garantía Procesal del Debido Proceso", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1995, p.p. 393-398. Según el mismo autor, los tres elementos constitutivos del debido proceso son: 1) la posibilidad del recurrente de exponer las razones en que funda su posición; 2) probar esas razones; y 3) esperar una sentencia fundada en derecho.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Este pronunciamiento se inscribe en la misma línea de una sentencia anterior, de fecha 19 de marzo de 1998 (expediente Nº 116-97-AA/TC), en la que se dejó sentado similar criterio:

> *«1. Que, la cuestión controvertida en la presente acción se circunscribe a establecer si corresponde el pago de los beneficios reclamados por la Asociación de Jubilados y Cesantes demandante, tales como Refrigerio, Movilidad y otros conceptos remunerativos, respecto de cada uno de sus asociados, para lo cual resulta imprescindible conocer si dichos beneficios emanan de una negociación colectiva desarrollada con estricta observancia de las normas legales pertinentes; conocer el número y el régimen pensionario de dichos asociados; así como la revisión de sus boletas de pago o cualquier otro documento que acredite de manera indubitable que se ha venido percibiendo los beneficios reclamados, entre otros aspectos; todo ello con el objeto de determinar si se han vulnerado o no los derechos constitucionales invocados.*
> *2. Que, siendo así, teniéndose en cuenta que sólo desde la perspectiva constitucional, en cuanto pueda producir una vulneración de un derecho fundamental, éste Colegiado puede entrar en examen de la aplicación de la legalidad, y que en el presente caso, por falta de elementos de juicio suficientes, llegar a dilucidar las cuestiones antes referidas demandaría la actuación de pruebas, lo que no es posible en los procesos de garantía como el presente, que por su naturaleza especial y sumarísima, carecen de estación probatoria, conforme lo establece el artículo 13º de la Ley Nº 25398 complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo Nº 23506, razón por la cual la acción de amparo no es la vía pertinente para solicitar un mejor derecho pensionario, ya que en rigor ello es lo que se pretende, conforme lo manifiesta la propia demandante en su escrito de trece de junio de mil novecientos noventa y tres, al sostener que "en lo referente a Refrigerio y Movilidad perciben una suma del tesoro público como cualquier servidor, pero lo que se está reclamando es lo proveniente por ingresos propios y pactos colectivos ..., que es mucho más".»*

De igual manera, en su sentencia de fecha 26 de octubre de 1999 (expediente Nº 764-99-AA/TC) el mismo Tribunal sostuvo:

> *"3. Que, por último, la Acción de Amparo no es la vía adecuada para determinar si corresponde o no la reincorporación del demandante al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530, por lo que tiene expedito su derecho para hacerlo valer en la vía correspondiente en la medida que ello supone el cumplimiento y verificación de determinados requisitos, lo que haría ne-*

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *cesaria la actuación de medios probatorios lo que no es posible en los procesos constitucionales como el presente, por su naturaleza especial y sumarísima".*

Por otro lado, el facilismo a que conduce la "amparización" lleva a un menosprecio, cuando no al desprecio total, por las formas del proceso, que ya no son vistas como mecanismos de garantía, sino como trabas o rémoras, lo cual trae como resultado la informalidad.

El otro ángulo en que resulta debilitada la garantía constitucional al debido proceso y a la tutela judicial efectiva es el acceso limitado al Tribunal Constitucional, que sólo está abierto al accionante, pero negado al demandado.

Como es sabido, el recurso extraordinario aparece, de modo oblicuo, en la Constitución, la cual al referirse a las competencias del Tribunal Constitucional le atribuye, en el inciso 2 del artículo 202, la de conocer, en última y definitiva instancia, de las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento.

De este mandato constitucional, recogido en términos compatibles, como no podía ser distinto, en el artículo 41° de la Ley Orgánica del TC N° 26435, modificado por Ley N° 26446, se desprenden dos conclusiones: (i) que el TC es una instancia, con lo que no resuelve sólo sobre aspectos jurídicos, como sucede con la casación, sino sobre las cuestiones de fondo de todo proceso que conoce; y (ii) que al quedar definida su competencia a ese nivel, no podría ser ampliada por una norma ordinaria, ni siquiera por su ley orgánica.

Ello significa, simple y llanamente, que al Tribunal Constitucional sólo puede acceder el demandante, no el demandado; la resolución de una sala superior es definitiva para una parte, y sólo transitoria, recurrible para la otra.

Este desequilibrio en el derecho a recurrir a esa instancia suprema puede llevar a otras distorsiones, que van más allá de la limitación procesal al demandado, y afectan incluso la autoridad y aún la majestad del Tribunal Constitucional.Las resoluciones de éste constituyen jurisprudencia vinculante cuando se refieren a cuestiones de carácter general, conforme a la primera disposición general de su Ley Orgánica N° 26435, lo que es ratificado por el artículo 9° de la Ley N° 23506 ¿Qué sucede, empero, si una sala superior, a pesar de haber precedentes con carácter de jurisprudencia obligatoria del Tribunal Constitucional, no los respeta, los inaplica o los contradice?.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Debe advertirse al respecto que, conforme a las propias normas citadas, el ejercicio de la potestad de los jueces de apartarse de la jurisprudencia debe estar debida y suficientemente motivado, pero ¿qué sucede si simplemente no se cita la jurisprudencia y tan sólo se la omite o ignora?

No puede dejarse de lado la circunstancia de que una actitud así sólo puede perjudicar al demandado, ya que si la jurisprudencia no acatada fuera favorable al actor, éste tendría la posibilidad del recurso extraordinario de revisión, de modo que el actuar de las salas sólo vendría a significar que el demandado no tendría a su favor ni siquiera los pronunciamientos previos favorables que hubiera ya obtenido ante el Tribunal Constitucional, cuyos precedentes quedarían reducidos a la inocuidad.

Una alternativa procesal hubiera podido ser conceder a la parte demandada y en especial al Estado la capacidad para interponer también recurso extraordinario ante el TC, en casos como los mencionados de abierto desacato a sus fallos. Sin embargo, la competencia de dicho Tribunal está fijada por la Constitución y no sólo no contempla tal posibilidad sino que de alguna manera la impide, ya que restringe el uso de dicho recurso sólo a los casos de ser desamparada la acción.

Es indispensable aplicar un correctivo procesal que, sin tergiversar la Constitución ni la ley, permita, llegado el caso, hacer prevalecer la jurisprudencia obligatoria. La solución procesal podría consistir en introducir un recurso de casación de unificación jurisprudencial que permitiría la revisión de estos fallos por la Corte Suprema.

Ya en la Corte Suprema cabrían dos posibilidades: (1) que ésta considere que no hay implicancia jurisprudencial, caso en el cual denegaría la casación y el fallo superior quedaría firme, aunque con la confirmación suprema; o (2) que case la sentencia, es decir, la anule por estar en falta frente a la jurisprudencia del TC, caso en el cual el resultado sería, en el fondo, denegatorio del amparo, por lo que el demandante afectado tendría todavía posibilidad de interponer el recurso extraordinario que la Constitución y la propia ley le franquearían.

A modo de resumen podemos concluir en que los recientes fallos del TC sin duda habrán de inducir a la "amparización" de los procesos laborales, al preferir los trabajadores recurrir a un procedimiento que les es notablemente ventajoso. Ello, sin embargo, acarrea una serie de efectos negativos, no sólo porque coloca a la parte emplazada en una posición de desventaja: por los plazos angustiosos con que cuenta para replicar y defenderse, por las enormes dificultades de probanza, y por el hecho de no tener acceso directo al Tribunal Constitucional.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Si a ello añadimos que los procesos laborales pasarían a ser resueltos por jueces no especializados, las garantías del debido proceso y de tutela jurisdiccional efectiva resultan sin duda melladas.

¿Qué solución podría haber? Alguien ha planteado la idea de reconducir la acción de amparo a un ámbito marginal, esto es, dejar de considerarla alternativa o potestativa en los casos de existir, como en lo laboral, un procedimiento específico idóneo. Tal posición se condice con la sostenida por el constitucionalista Samuel Abad, quien sostiene que en tanto mecanismo alternativo, la acción de amparo debe ser considerada como un remedio de carácter excepcional que no puede ser utilizado en caso de que el ordenamiento jurídico prevea otras vías procesales que tutelan de manera adecuada el derecho constitucional cuya protección se demanda. Admitir lo contrario, sostiene Abad, es transformar la acción de amparo en un proceso ordinario adicional, lo que desvirtúa su carácter excepcional [260].

Sin embargo, tal postura colisiona con la normativa (artículo 2º de la Ley Nº 23506) y con la doctrina jurisprudencial de ella derivada, según la cual en nuestro país la acción de amparo es un proceso alternativo y no subsidiario al que se puede acudir para proteger los derechos reconocidos en la Constitución, aún cuando exista una vía judicial paralela a la que el demandante puede recurrir para hacer valer la misma pretensión (Cfr. sentencia del 10 de noviembre de 1999 recaída en el expediente Nº 283-99-AA/TC).

Otra posibilidad sería reformar la ley del proceso de la acción de amparo para permitir, en los casos en que las características de la controversia lo justifiquen, la posibilidad de introducir una etapa probatoria, lo cual sin embargo abriría otra interrogante: definir cuáles serían esos casos, además de suscitar cuestionamientos por una eventual desnaturalización del proceso.

Una solución incompleta pero que, al menos, permitiría solucionar uno de los aspectos negativos es la antes esbozada del recurso de casación para unificación jurisprudencial, a fin de evitar que la jurisprudencia vinculante del TC sea desconocida en las instancias inferiores. Es factible implementar tal recurso sin violar las reglas sobre competencia contenidas en la Constitución y sin afectar lo esencial de la acción, que es en definitiva salvaguardar los derechos constitucionales amenazados o violados.

260 ABAD YUPANQUI, Samuel. Acción de amparo y vías paralelas. En: Lecturas sobre Temas Constitucionales Nº 4 Comisión Andina de Juristas. 1990. p. 150.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Adicionalmente, si la tendencia a hacer valer derechos constitucionales de naturaleza laboral a través de la vía del amparo continuase en aumento, sería recomendable ampliar la competencia de los juzgados y salas laborales a fin de que conozcan las acciones de amparo de este género, lo cual tendría dos efectos sumamente positivos: la presencia de un juzgador que domina los aspectos jurídico-laborales de la controversia y, en segundo lugar, un ejercicio efectivo de la atribución que tienen los jueces en las acciones de amparo de ordenar la actuación de las diligencias que consideren necesarias (artículo 10° de la Ley N° 23506), pues una atribución análoga existe también en el proceso laboral (artículo 28° de la Ley Procesal del Trabajo) y es ejercida de manera frecuente y, por lo general, bastante atinada.

Por último, si de acuerdo con los nuevos criterios del Tribunal Constitucional respecto del despido arbitrario, la reposición del trabajador en el trabajo constituye una opción que forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo consagrado en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, probablemente el mejor camino para evitar la "amparización" sea adecuar el derecho positivo a la línea interpretativa de dicho Tribunal e introducir las modificaciones necesarias en las legislaciones sustantiva y procesal a fin de que el trabajador que sea víctima de un despido ad nutum pueda demandar de manera alternativa su reposición en el trabajo o el pago de una indemnización, dejándose en manos del juez la potestad de sustituir, bajo determinadas circunstancias, la reposición por el pago de una indemnización, conforme se establecía en el texto original del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Los topes pensionarios en el régimen de pensiones del Estado

Fernando García Granara
Abogado. Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

I. PRESENTACIÓN

En general, el término tope alude a "extremo o límite al que puede llegar algo"[261]. En materia previsional el tope pensionario está relacionado con una limitación temporal a la cuantía de la pensión, cuestión que puede encontrarse tanto en el Sistema Nacional de Pensiones como en el Régimen de Pensiones del Estado del Decreto Ley N° 20530. En este último caso, el monto máximo mensual en la pensión estaba expresamente contemplado desde la legislación contenida en el Decreto Ley N° 20530 de 1974.

No obstante, un repaso de la legislación del régimen de pensiones del Estado resulta insuficiente para definir el contenido y criterio de aplicación de los topes pensionarios. En este tema es necesario hacer un examen de las normas constitucionales y, esencialmente, de la interpretación que de las mismas ha realizado el Tribunal Constitucional tanto en diferentes sentencias estimatorias de acciones de inconstitucionalidad como en recientes pronunciamientos de acciones de amparo a través de los cuales se han ratificado y también modificado reglas capitales en materia previsional.

261 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimo Segunda Edición. Madrid. 2001

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En este tema es precisamente la jurisprudencia constitucional la que ha desarrollado y perfilado el criterio de aplicación de la ley en pronunciamientos que han sido sometidos a la opinión y discusión públicas por sus efectos jurídicos y económicos. En lo jurídico, los pronunciamientos han definido de modo expreso – luego de rectificaciones y variaciones - criterios que resultan obligatorios y vinculantes para casos similares. En lo económico, las opiniones fueron críticas en sostener que de aplicarse de modo general los criterios – en algunos casos errados – a todos los casos en situación similar se generarían obligaciones económicas que el sistema previsional no tendría capacidad de atender, lo que a su vez originó que el Tribunal Constitucional se ocupara en particular de este tema y de brindar recomendaciones de política legislativa.

La jurisprudencia constitucional en este contexto adquiere relevancia pues refleja una expresión clara y definida de la interpretación constitucional proveniente del Tribunal Constitucional al cual deben ajustarse los operadores del derecho y cuyo contenido esencial debe ser respetado por la ley y las normas infraconstitucionales, y, además, porque en recientes sentencias el Tribunal Constitucional ha consolidado criterios definitivos que no pueden ser modificados sino sólo con una reforma constitucional.

En esta línea, este trabajo desarrolla dos aspectos centrales en la temática de los topes pensionarios:

(I) La regulación normativa constitucional y legal de los topes pensionarios desde sus orígenes en el Decreto Ley N° 20530 hasta los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Ley N° 28047[262], actualmente vigente, que estableció el tope de una (1) Unidad Impositiva Tributaria en el pago de las pensiones que se generen a partir del 1 de agosto de 2003. En este análisis es pertinente realizar una concordancia con las normas constitucionales y las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional.
(II) El criterio de interpretación constitucional acuñado por el Tribunal Constitucional con respecto a los derechos adquiridos, con el objeto de determinar en qué casos se produce una liberación (inaplicación) de los topes pensionarios y en qué casos estos sí son de aplicación.

II. EL RÉGIMEN NORMATIVO DE LOS TOPES PENSIONARIOS

Para efectos didácticos pueden identificarse cuatro etapas en la regulación y aplicación de los topes pensionarios:

262 Ley que actualiza el porcentaje de aporte destinado al Fondo de Pensiones de los Trabajadores del Sector Público Nacional y regula las nivelaciones de las pensiones del Régimen del Decreto Ley N° 20530 pub cada el 31 de julio de 2003

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La primera, que comprende la norma original contemplada en el Decreto Ley 20530 y las Leyes de Presupuesto General de la República de los años 1991 a 1994;

La segunda, que comprende la regulación del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado y la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional algunas disposiciones de dicho Decreto Legislativo (en adelante la sentencia del 23-04-97)[263];

La tercera, la Ley N° 26835, la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional dicha ley[264] (en adelante la sentencia del 27-06-01). Es pertinente aludir aquí al Comunicado de la Presidencia del Tribunal Constitucional del 3 de agosto de 2001 y a la Resolución Ministerial N° 271-2001/EF-10 a través de la cual se expresa una posición del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la aplicación de topes pensionarios.

La cuarta, con ocasión de las recientes sentencias dictadas en acciones de amparo y acciones de inconstitucionalidad que contienen recomendaciones sobre modificaciones legislativas en el régimen de pensiones del Estado[265] y la regulación actual señalada en la Ley N° 28047 del 31 de julio de 2003.

1. Primera etapa: el Decreto Ley N° 20530 y las Leyes de presupuesto

La previsión legal de topes se origina en el artículo 57° del Decreto Ley N° 20530 con el siguiente texto:

> *"El monto máximo mensual que se pague se establece por la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional"*

Esta norma habilitó la fijación de un tope en el monto de las pensiones de acuerdo a los recursos del Estado, que precisamente se organizan y desagregan en el Presupuesto General de la República. El sistema partía entonces de una relación de complementariedad legal entre la norma que reconoce el derecho (D.L. 20530) y la fijación de un monto máximo mensual a través de la Ley de Presupuesto, que por su naturaleza tienen vigencia anual.

263 Se trata de la sentencia de fecha 23 de abril de 1997 publicada el 26 de abril de 1997 que declara la inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817. Expediente N° 008-96-I/TC.

264 Se trata de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 26835 (Expediente N° 001-98-AI/TC) publicada el 27 de junio de 2001.

265 Sobre este punto, nos remitimos a nuestro artículo "Cédula viva, seguridad social y reforma previsional" publicado en Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9, Número 58, Julio de 2003. A nuestro juicio, a través de recientes pronunciamientos el Tribunal Constitucional ha ratificado reglas capitales del régimen de pensiones del Estado y ha fijado nuevas líneas de interpretación constitucional.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La fijación de un tope concreto se produce recién en 1991 a través del artículo 292° de la Ley N° 25303, Ley de Presupuesto correspondiente al ejercicio económico de 1991, al señalar:

> "Artículo 292°.- Queda terminantemente prohibido el otorgamiento de pensión de jubilación, cesantía, de gracia, de montepío, de viudez, de sobrevivencia, o por cualquier otro concepto, a favor de cualquier ex trabajador o beneficiario del mismo, a cargo del Sector Público y Empresas del Estado, que implique un monto que sea superior a la remuneración total que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al cual pertenece la empresa o institución".

Esta disposición fue complementada por la Ley N° 25334, Ley de Crédito Suplementario para 1991, que señaló en su artículo 31°:

> "Artículo 31°.- Lo dispuesto en el artículo 292° de la Ley de Presupuesto N° 25303 rige a partir del 1 de enero de 1991"

La fórmula legal siguió la norma de la Constitución Política de 1979 – entonces vigente - cuyo artículo 60° estableció que las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado debían homologarse en un sistema único que tenía en la más alta jerarquía al Presidente de la República, a continuación a Senadores y Diputados, Ministros de Estado y Magistrados de la Corte Suprema. Es decir, la referencia a un sistema único de homologación llevaba implícita la sujeción a una pensión máxima.

El artículo 292° de la Ley N° 25303 antes referido fue objeto de acción de inconstitucionalidad (Expediente N° 002-003-91-I-TGC) ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante TGC). Mediante sentencia de fecha 18-12-91 (en adelante la sentencia del 18-12-91), publicada en febrero de 1992, el TGC declaró que el artículo 292 de la Ley N° 25303 era constitucional y, en consecuencia, en este extremo declaró infundada la demanda. Consideró el TGC que en el vértice de la jerarquía administrativa del Estado se encontraba el Presidente de la República, "por consiguiente, ningún funcionario o pensionista del sector administrativo que esté ubicado debajo de esa cúspide puede, legalmente, disfrutar de una remuneración o pensión superior a la que corresponde al Jefe de Estado". Y agregó: "no sería legal ni justo que el beneficiario de una pensión, cualquiera sea la causa de su determinación llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del sector al que pertenece la institución o empresa (...)."

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En consecuencia, el artículo 292° de la Ley N° 25303 debía aplicarse en forma obligatoria al haberse desestimado su inconstitucionalidad.

Para 1992, fue prorrogada la vigencia del citado artículo 292° de la Ley N° 25303, mediante la Ley N° 25388, Ley de Presupuesto para 1992, que en su artículo 269° precisó:

> "Artículo 269°.- Prorrógase para 1992 la vigencia de los artículos (...) 292° de la Ley N° 25303."

Para el ejercicio económico del año 1993, la Ley de Presupuesto, Ley N° 25986 señaló en su artículo 24°:

> "Artículo 24°.- Prorrógase para 1993 la vigencia de los artículos (...) 292° de la Ley N° 25303".

Para el ejercicio económico 1994, la Novena Disposición Complementaria de la Ley N° 26268 dispuso:

> "De conformidad con el artículo 57° del Decreto Ley N° 20530 queda terminantemente prohibido el otorgamiento o el pago de pensión de jubilación, cesantía, de gracia, de montepío, de viudez, de sobrevivencia o por cualquier otro concepto a favor de cualquier ex trabajador o beneficiario del mismo a cargo del Sector Público y Empresas del Estado, que implique un monto que sea superior a la remuneración total que percibe mensualmente el funcionario de más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la Empresa o Institución."

Hasta aquí la vigencia de las normas de presupuesto que durante 1991, 1992, 1993 y 1994 establecieron topes pensionarios, aplicados a todas los pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530. Adviértase que los topes se venían aplicando a todas las pensiones que se abonaban en 1991, con independencia de la fecha en que fueron otorgadas por la Administración, de tal forma que implícitamente el TGC admitió la aplicación inmediata de la ley en materia previsional, en tanto que los topes se aplicarían incluso a las pensiones originadas con anterioridad pero que se abonaban a partir de 1991.

Sin embargo, algunos pronunciamientos judiciales dictados en acciones de amparo por esta misma materia, partiendo de la interpretación de la palabra "otorgamiento" contenida en el artículo 292° de la Ley N° 25303 antes citado, forma-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ron un criterio judicial en virtud del cual sólo las pensiones que se habían "otorgado" a partir de 1991 estaban sujetas al tope, mas no las que ya venían abonándose o fueron otorgadas con anterioridad. [266]

2. Segunda etapa: El Decreto Legislativo N° 817 y la sentencia que declara su inconstitucionalidad

La nueva referencia a los topes pensionarios aparece en el artículo 2° de la Ley N° 26557, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en:

> "3. Regímenes de pensiones aplicables al personal de los Organismos e Instituciones de los Volúmenes 1 al 6 de la Ley de Presupuesto Público, estableciéndose como tope del monto de la pensión el sueldo de un congresista".

En virtud de esta delegación se expidió el Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, cuya Sexta Disposición Complementaria precisó que:

> "El tope a que se refiere el artículo 2°, numeral 3 de la Ley N° 26557 aplicable a las pensiones derivadas del régimen previsional del D.L. N° 20530 queda fijado en el sueldo de un Congresista.
> Esta disposición entrará en vigencia a partir del 1 de julio de 1996."

Esta norma fue objeto de una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Expediente N° 008-96-I/TC), el cual por sentencia del 23-04-97 declaró inconstitucionales algunas disposiciones del Decreto Legislativo N° 817.

La sentencia no declaró inconstitucional la Sexta Disposición Complementaria[267], pero sí su aplicación retroactiva. Es decir, reconoció la constitucionalidad y vigencia de la misma, pero introdujo el criterio de la inconstitucionalidad a través de la aplicación

266 Este constituiría el antecedente del criterio que en definitiva acogiera el Tribunal Constitucional respecto de la aplicación retroactiva de los topes, a fin de que la nueva norma no afectara situaciones o derechos ya adquiridos al amparo de la legislación anterior.

267 Aunque el considerando N° 18 de la sentencia expresa que la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos, razón por la cual la Sexta Disposición Complementaria es inconstitucional, tal considerando no se integra a la parte resolutiva de la sentencia. El mismo considerando llega a la conclusión de que el artículo 57° del Decreto Ley N° 20530 habría sido derogado automáticamente por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, lo que no fue recogido por el TGC. Sin embargo, reiteramos, estos considerandos no fueron incorporados a la parte resolutiva de la sentencia, por lo que no cabe sostener la inconstitucionalidad de tales normas, aunque ello no obsta para generar un criterio de interpretación. En el mismo sentido, ABANTO REVILLA, César. Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 9, Numero 58, julio de 2003, página 42.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

retroactiva cuando afectaba derechos adquiridos que estaban garantizados por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

Como se aprecia de lo expuesto, las normas legales que impusieron los topes pensionarios en esta etapa no fueron declaradas inconstitucionales pero su aplicación debía sujetarse a los criterios de interpretación acuñados por las sentencias del Tribunal Constitucional en cuanto a la garantía de respeto a los derechos adquiridos a favor de quienes habían adquirido derecho a pensión nivelable, quienes no podían estar sometidos a los topes pensionarios.

En este sentido, el Tribunal Constitucional modificó el criterio sentado por el TGC, al introducir la referencia a los derechos adquiridos y la inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva de los topes, tema que no había sido planteado en la sentencia del 18-12-91, desestimatoria de la inconstitucionalidad de las normas presupuestales de topes pensionarios. En nuestra opinión, este cambio tenía sustento expreso en la Primera Disposición Final y Transitoria de la nueva Constitución de 1993, que sustituyó a la de 1979, por lo que desde el punto de vista formal el Tribunal Constitucional dio contenido a una disposición de la Carta Magna, aspecto que diferencia radicalmente ambos pronunciamientos.

3. Tercera etapa: La Ley N° 26835 y la sentencia que declaró su inconstitucionalidad.

Con fecha 4-07-97 fue publicada la Ley N° 26835 que nuevamente reguló el tema de los topes pensionarios en su artículo 5° al señalar:

> "El tope a que se refiere la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 es de aplicación únicamente a las pensiones mensuales devengadas a partir del 1° de julio de 1996, independientemente de su fecha de otorgamiento o los años de servicios del titular.
> No corresponde aplicar dicho tope retroactivamente a las pensiones mensuales devengadas con anterioridad a dicha fecha ni exigir el reembolso de las sumas cobradas en exceso."

Esta disposición fue declarada inconstitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional del 27-06-01[268], que precisó como único fundamento que:

268 Debe advertirse que en el Texto Unico Ordenado del Régimen Pensionario del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 070-98-EF, aparecen consolidados en una misma disposición (Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final) la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 y el artículo 5° de la Ley N° 26835, pero ambas disposiciones son diferentes y únicamente ha sido declarado inconstitucional el artículo 5° de la Ley N° 26835.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> "El artículo 5° resulta, por otra parte, no sólo incompatible con la regla de la autoridad de la cosa juzgada sino que, al pretender revivir una norma derogada por este mismo Colegiado, atenta nuevamente contra los derechos adquiridos y las pensiones nivelables, reconocidas en la Primera Disposición Final de la Constitución del Estado, habida cuenta que se pretende incorporar topes económicos, cuando ellos fueron declarados inconstitucionales para todos los casos."

Así el artículo 5° antes referido fue declarado inconstitucional por contener un supuesto de aplicación retroactiva que afectaba derechos adquiridos y las pensiones nivelables, criterio recogido anteriormente por el Tribunal en la sentencia de inconstitucionalidad del 23-04-97.

Es importante precisar, además, que los topes pensionarios no fueron declarados inconstitucionales para todos los casos como refiere el Tribunal Constitucional en el fundamento citado, sino únicamente en los supuestos de aplicación retroactiva, es decir, para los casos en que afectaba derechos adquiridos.

Días después de la expedición de la sentencia se publicó un Comunicado del Presidente del Tribunal Constitucional (de fecha 3-08-01) a través del cual se realizaron algunas precisiones a la sentencia del 27-06-01, con dos referencias pertinentes al tema analizado:

> En primer lugar, que la sentencia se remite a la anterior del 23-04-97 "sobre materia gemela" cuyos considerandos han permitido abreviar el texto de la nueva sentencia del 27-06-01. Ello significa que para el Tribunal debe hacerse una concordancia de sus considerandos con la nueva sentencia del 27-06-01, lo que nos lleva a una lectura conjunta de ambas sentencias.

> En segundo lugar, expresaba el Presidente del Tribunal, el régimen de topes no fue declarado inconstitucional, el mismo que puede seguir funcionando, aunque no retroactivamente. Esta precisión avala lo expuesto en relación con la vigencia de la norma sobre topes pensionarios, es decir, la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817.

Naturalmente, el Comunicado no constituye una sentencia, no se integra a la misma, ni es vinculante, por lo que únicamente puede ser considerada una opinión de quienes participaron en su elaboración. Por ello, tiene valor referencial que permite ratificar el criterio anterior y encauzar las opiniones respecto a la correcta aplicación de los topes pensionarios.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 36° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, "las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, en todo o en parte, de una norma la dejan sin efecto desde el día siguiente al de su publicación". Así, dado que la sentencia fue publicada el miércoles 27 de junio de 2001, el artículo 5° de la Ley 26835 declarado inconstitucional quedó sin efecto a partir del jueves 28 de junio de 2001. La declaración de inconstitucionalidad rige a futuro y no afecta los actos realizados al amparo de la legislación que queda sin efecto, los que se reputan válidos y legales.

De acuerdo con lo expuesto, el reajuste de las pensiones como consecuencia de la liberación (inaplicación) del tope pensionario para los casos en que correspondía, debió producirse a partir del jueves 28 de junio de 2001.

La Resolución Ministerial N° 271-2001-EF/10.- Luego de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ley N° 26835 y la consecuente liberación de topes a partir del 28 de junio de 2001, se dictó la Resolución Ministerial N° 271-2001-EF/10 que dispone mantener los topes vigentes en las pensiones de los pensionistas que adquirieron el derecho a la prestación económica en los años 1991, 1992, 1993 y 1994 y a partir del 1 de julio de 1996.

La parte considerativa de la mencionada Resolución sigue la secuencia normativa expuesta precedentemente y hace referencia especial a las sentencias del Tribunal Constitucional respecto a la aplicación retroactiva de los topes, concluyendo que sancionan la violación del principio de irretroactividad de la Ley. Conforme al criterio del Tribunal Constitucional, el derecho a pensión se adquiere en el momento en el que se cumplen en los hechos los requisitos legales para la obtención de pensión nivelable, con independencia de que se siga manteniendo la condición de trabajador.

Además de establecer el criterio de adquisición de la prestación económica, la Resolución Ministerial dispone mantener los topes para quienes adquirieron el derecho – a prestación económica – en los años 1991, 1992, 1993, 1994 y a partir del 1 de julio de 1996. Según la norma, los topes se aplicarían a quienes en algún momento estuvieron sujetos a los topes pensionarios sea en 1991, 1992, 1993, 1994 o a partir del 1 de julio de 1996.

Así, pueden distinguirse dos grupos de pensionistas para los que se mantendrían los topes según la Resolución:

> Primer grupo, los que adquirieron su derecho en 1991, 1992, 1993, y 1994, y a quienes les fueron aplicados en su momento los topes fijados por las Leyes de Presupuesto; y,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

- Segundo grupo, los que adquirieron su derecho a partir del 1 de julio de 1996.

En cuanto al primer grupo, la Resolución asume que al haberse aplicado los topes pensionarios a partir de 1991, 1992, 1993 y 1994, cuya inconstitucionalidad fue desestimada por el TGC, debería mantenerse para aquellos pensionistas la aplicación de los topes fijados por la Ley N° 26557 y la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817. Lo que busca la Resolución es mantener los topes a quienes les fue aplicada las Leyes de Presupuesto que no fueron declaradas inconstitucionales. Con ello se crearía una concordancia entre la sentencia del TGC y las sentencias del Tribunal Constitucional.

En relación con el segundo grupo, de los que adquirieron su derecho a pensión a partir del 1 de julio de 1996, la Resolución sigue el texto expreso de la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 que así lo precisa, pero no coincide con la alusión del Tribunal Constitucional al 24 de abril de 1996. Aunque la Resolución es más precisa jurídicamente y más concesiva que la posición del Tribunal, se trata de un criterio diferente.

En este sentido, la Resolución establece que en estos dos grupos puede aplicarse el tope pensionario en tanto que adquirieron el derecho a pensión cuando se encontraba vigente el tope en la legislación. Es decir, la pensión se adquirió con una regulación que admitía la aplicación de topes en la pensión.

4. Cuarta etapa: La Ley N° 28047 y las recomendaciones de política legislativa.

El artículo 2° de la Ley N° 28047 ha precisado que:

> Artículo 2°.- Monto máximo de las pensiones
> El monto máximo de las pensiones derivadas del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530, que se generen a partir del 1 de agosto de 2003, no podrán exceder de 1 U.I.T.

En virtud de esta disposición el nuevo tope de una (1) UIT se aplica sobre las pensiones que se generen a partir del 1 de agosto de 2003, es decir, se aplica a quienes adquieran el derecho a pensión nivelable a partir de esta fecha y no comprendería a quienes ya habían adquirido el derecho con anterioridad que se regularían por los topes anteriores. Aunque no está precisado en la norma, el tope anterior (fijado en el sueldo de un congresista) se mantendría para quienes adquirieron el derecho cuando se encontraba vigente dicha disposición.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Una segunda línea de interpretación sería considerar que este nuevo tope sustituye al anterior y que quienes percibían pensión sujeta a dicho tope deben ajustarse al nuevo límite mensual, que incluso podría ser menor que el anterior, con perjuicio para el pensionista.

Al respecto, el pronunciamiento en el caso Maldonado Duarte[269] contiene por primera vez en materia previsional una serie de recomendaciones de legislación, que se vinculan al texto constitucional y que legitimaría desde la perspectiva constitucional la adopción de algunas medidas legislativas. Al respecto, el Considerando N° 20 de la sentencia señala que:

> "Finalmente, este Colegiado considera que en aplicación de las Disposiciones Primera y Undécima de la Constitución Política del Perú y de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 20530, debe legislarse sobre el monto de pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga. Asimismo, estima su deber formular un llamado para que, de conformidad con los principios constitucionales respectivos, se revise y perfecciones el sistema de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948."

Aquí se alude a dos temas:

- Por un lado, la posibilidad de una reestructuración de los sistemas de pensiones que a través de la unificación o de un tratamiento normativo equivalente para el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990) y para el Régimen de Pensiones del Estado (Decreto Ley N° 20530), pueda reducir las sustanciales diferencias en cuanto al monto de las pensiones. Esta regulación legal supone el respeto a los derechos legalmente obtenidos garantizados por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

- Por otro lado, la posibilidad de imponer topes a las pensiones con el propósito de reducir de modo temporal e inmediato el monto de las pensiones en el régimen del Decreto Ley N° 20530.

En efecto, el tema pensionario no se limita a la aplicación de normas legales o a su interpretación sino que también comprende aspectos económicos. Y

269 Se trata de la resolución dictada en la acción de amparo seguida por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP) Expediente N° 189-2002-AA/TC .

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

aquí es donde se hace necesaria la idea de un sistema con diferentes elementos que lo integran, puesto que si bien debe garantizarse el derecho a la pensión, el sistema comprende tanto el ejercicio del derecho como la administración de los recursos que se utilizan para el pago de pensiones. Uno y otro elemento son interdependientes entre sí y no pueden ser examinados en forma aislada.

Esta interdependencia de elementos se aprecia en el criterio del Tribunal cuando alude a la Segunda Disposición Final de la Constitución que se refiere concretamente al pago de las pensiones y a su reajuste periódico de acuerdo a la disponibilidad presupuestal, pero en particular teniendo en cuenta la garantía de los derechos legalmente obtenidos que recoge la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución y "las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente" regla de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Parece abrirse una integración entre las reglas constitucionales y su aplicación en función del gasto público, que comprende todo tipo de normas constitucionales, pero que en el caso de la seguridad social esta integración forma parte del propio sistema.

Empero, esta referencia debe complementarse con lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 27617, cuando señala que la alusión a progresividad "en la aplicación de cláusulas, como en el caso de las pensiones, que requieren a fin de cumplir con el mandato de reajuste periódico de mayores gastos públicos, no puede interpretarse como sinónimo de regresividad y no siquiera como mantenimiento del statu quo", lo que supone que no podría aceptarse una reducción de las pensiones sino un incremento. Con este criterio en el caso de la aplicación de los nuevos topes pensionarios éstos no podrían reducir aún mas el monto de la pensión.

III. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LOS TOPES PENSIONARIOS

Como quiera que el Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional el régimen de topes, el aspecto central en los topes pensionarios consiste en determinar en qué casos nos encontramos ante un derecho adquirido que no puede ser afectado por la nueva norma (de topes) en caso de sucesión normativa. Este es precisamente el aspecto medular de la tesis que acuña el Tribunal Constitucional para calificar de inconstitucional la "aplicación retroactiva" de los topes, que

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ya había sido declarada inconstitucional a través de la sentencia del 23-04-97 a propósito del Decreto Legislativo N° 817.

Desde esta perspectiva es pertinente el tratamiento de los derechos adquiridos en cuatro aspectos que se desprenden de las sentencias del Tribunal: (1) el régimen de aplicación de normas en el tiempo en el ordenamiento jurídico peruano, (2) el régimen de aplicación de normas en el tiempo en materia pensionaria, (3) la adquisición de los derechos pensionarios y (4) la aplicación retroactiva de los topes.

1. La aplicación de normas en el tiempo en el ordenamiento jurídico peruano.

La regla general de aplicación de las normas en el tiempo aparece recogida en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala:

> "La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

Esta norma recoge el principio de aplicación inmediata de la ley a las situaciones jurídicas existentes, es decir, que en los casos de sucesión normativa la nueva ley se aplica a las situaciones existentes mas no a las situaciones ya concluidas al amparo de la legislación anterior. El Código Civil acoge así la teoría de los "hechos cumplidos", en virtud de la cual los hechos consumados y consolidados durante la vigencia de la norma anterior se rigen por aquella y no pueden ser modificados por la nueva norma, la cual se aplica a los hechos que se cumplen durante su vigencia.

En la teoría de los hechos cumplidos, la nueva norma se aplica a los hechos que ocurran durante su vigencia, aunque representen una consecuencia de situaciones anteriores, lo que constituye aplicación inmediata de la ley.

Así, la nueva norma sería retroactiva cuando afecta hechos cumplidos, consolidados y concluidos al amparo de la norma anterior, mientras que la aplicación de la antigua norma, ya derogada o modificada, constituye aplicación ultraactiva de la norma.

Esta regla legal encuentra base constitucional en el segundo y tercer párrafos del artículo 103° de la Constitución Política, cuando señalan:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> "Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.
> La ley se deroga sólo por otra ley.".

Si bien la norma constitucional no precisa cuando existe aplicación retroactiva, sí establece la derogatoria de una ley por otra, desapareciendo del ordenamiento jurídico la ley anterior, por lo que sólo se aplicaría la nueva norma a partir de su vigencia.

En oposición a la teoría de los hechos cumplidos se encuentra la teoría de los "derechos adquiridos", en virtud de la cual la nueva norma sólo puede aplicarse a nuevas situaciones y no a las que nacieron al amparo de la ley anterior, la cual se sigue aplicando aunque no hayan sido concluidas, en el interés de no afectar derechos que se han incorporado al patrimonio jurídico y que ya no pueden ser modificados.

Según esta teoría, la norma bajo la cual nació el derecho (hecho) continúa rigiendo mientras éste surta efectos (consecuencias), a pesar que en el transcurso tal norma haya sido derogada o modificada. Ello por cuanto el derecho fue adquirido desde el momento de su generación, incorporándose en nuestro patrimonio y, ninguna norma posterior, puede afectarlo, lo cual implicaría una aplicación retroactiva. [270]

2. La aplicación de normas previsionales en el tiempo en el ordenamiento jurídico peruano.

El Tribunal Constitucional ha introducido una excepción a la regla de aplicación inmediata de la nueva ley (en definitiva una excepción a la teoría de los hechos cumplidos), al asumir que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, incorpora la tesis de los derechos adquiridos en materia previsional y de seguridad social.

En su fundamento jurídico N° 15, la sentencia del 23-04-97[271] señaló:

> "Una correcta interpretación de tal disposición (la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993) no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria para los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, entendiéndose por derechos adquiridos aquellos que

270 RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. En: Para leer el Código Civil III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial .. Lima. 1985. Página 61.

271 Sentencia de Inconstitucionalidad de algunos artículos del Decreto Legislativo N° 817 Ley del Régimen Previsional a cargo de Estado. (Expediente N° 008-96-I/TC).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquél de quien los tenemos.

Criterio similar fue expresado en la sentencia del Tribunal Constitucional del 23-04-97 que declaró fundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos del Decreto Ley N° 25967 (Expediente N° 007-96-I/TC). En aquella causa el Tribunal consideró:

> "La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 consagra a nivel constitucional el respeto a los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria de los jubilados y cesantes de los regímenes de los DDLL N° 19990 y N° 20530, entendiéndose por tales derechos a los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas (...). Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente (...)."

Como se aprecia, el Tribunal acoge la teoría de los derechos adquiridos al considerar que la nueva ley no puede aplicarse a quienes adquirieron el derecho con anterioridad. Es decir, sería retroactivo el supuesto de aplicación inmediata de la ley, lo cual constituye una excepción al ordenamiento jurídico peruano.

Este criterio se aparta de la regla de aplicación inmediata de la ley y del criterio que asumiera el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) al resolver la acción de inconstitucionalidad incoada contra el artículo 292° de la Ley de Presupuesto de 1991 (Expediente N° 002-003-91-I-TGC). El TGC declaró infundada la demanda y, en consecuencia, resolvió que el referido artículo 292° era constitucional. De modo implícito el TGC reconocía que la aplicación de los topes podía hacerse a través de su aplicación inmediata es del Estado, a todas las pensiones con independencia de la fecha de adquisición del derecho, en tanto que se trataba de la aplicación de la ley a las situaciones existentes a la fecha de su entrada en vigencia. La diferencia con el actual criterio del Tribunal Constitucional radica en la referencia directa a la garantía de los derechos legalmente obtenidos recogida en la Constitución de 1993.

3. La adquisición de derechos pensionarios

Asumida la opción del Tribunal por la tesis de los derechos adquiridos en la aplicación de normas en el tiempo, debe determinarse cuándo y bajo qué condiciones se adquiere el derecho a pensión, es decir, cuándo se origina y nace el derecho.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Siguiendo la interpretación contenida en la sentencia del 23-04-97, el momento en que se adquiere el derecho a pensión nivelable es aquél en el que se cumplen, de hecho, los requisitos legales, con independencia de que el trabajador siga prestando servicios. Es en este momento en que se adquiere el derecho, el mismo que no está sujeto a aprobación de la Administración sino a su "reconocimiento". Por ello – sostiene el Tribunal en la sentencia del 23-04-97 - las personas comprendidas en el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817 (24-04-96) no hubieran alcanzado derecho a pensión nivelable no habrían adquirido tal derecho, estando sujetos a pensión nivelada bajo las condiciones que establece el Decreto Legislativo N° 817, lo que sí comporta la sujeción al tope pensionario.

En efecto, el fundamento jurídico N° 19 de la sentencia del 23-04-97 – que se incorpora a la parte resolutiva de la sentencia – señala al respecto:

> "(...) la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos aun cuando el administrado continúe laborando efectivamente (...)."

En aplicación estricta de este criterio, si se hubieran reunido los requisitos legales para el derecho a la pensión, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817 (24-04-96), el pensionista tendría derecho a mantener su pensión sin aplicación de los topes pensionarios. El Tribunal va más allá de identificar el momento en el que se adquiere el derecho pensionario, y se refiere a los efectos jurídicos de la adquisición, que son:

(1) tener la calidad de pensionista;
(2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión; y
(3) tener derecho a pensión nivelable. [272]

Así lo reconoce el considerando N° 18 de la sentencia del 23-04-97 al señalar:

> "El principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530, 1) tener la condición de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adqui-

272 La nivelación aparecía recogida expresamente en la Octava de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución Política de 1979, según la cual: "Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública, no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales, se nivelan progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías , durante el término de diez ejercicios, a partir de 1° de enero de 1980. Deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes." La referencia a la nivelación se realiza por el Tribunal Constitucional con el objeto de identificar los efectos de la adquisición del derecho y no propiamente para excluir la aplicación de topes, los que se sujetan precisamente al estatuto vigente al tiempo de la adquisición.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> rir derecho a pensión al alcanzar 15 años de servicios el hombre y 12 y medio la mujer las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5° del mismo, y 3) tener el derecho a una pensión nivelable con los requisitos establecido en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces, derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente".

Como se colige de lo expuesto, la concurrencia fáctica de los requisitos previstos en la ley (el Decreto Ley N° 20530) determina el momento y las condiciones de adquisición del derecho, que comprende, como se ha anotado, la condición de pensionista, el derecho a pensión y a la nivelación que se incorporan al patrimonio jurídico del pensionista con independencia de los cambios normativos y la posterior imposición de topes. Se generan así "derechos adquiridos" que cuentan con la protección constitucional a que se refiere la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, permitiendo la "aplicación ultraactiva" de las normas sobre nivelación de pensión y excluyendo la aplicación de topes pensionarios.

En este sentido, Neves Mujica sostiene que en materia previsional - y no en salud - se aplica la teoría de los derechos adquiridos en los casos de sucesión peyorativa de normas.[273] En términos coincidentes Herrera Vasquez expresa que el Tribunal "opta por considerar como derechos adquiridos a los legalmente obtenidos, es decir, de origen normativo. De este modo reconoce la concepción tradicional del principio de condición más beneficiosa aplicado a materia previsional". [274]

4.- La aplicación retroactiva de los topes pensionarios

Según la sentencia del 23-04-97 es inconstitucional la "aplicación retroactiva" de los topes pensionarios, pero no la norma que los estableció, la misma que no fue declarada inconstitucional.

La sentencia del 27-06-01 declaró inconstitucional el artículo 5° de la Ley N° 26835 "habida cuenta de que se pretende incorporar topes económicos cuando

273 Al respecto, véase NEVES MUJICA, Javier. "Aplicación de los principios de derecho del trabajo a la previsión social". En Asesoría Laboral. Lima. Abril de 1999 página 26. También en "Laguencia de las normas en el tiempo tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre seguridad social". En Revista Ius et Veritas. N° 15. Página 317 y siguientes. Precisa en este último texto que existen "teorías sobre vigencia de normas en el tiempo en nuestro sistema jurídico: una para los derechos de origen contractual, que es la de los derechos adquiridos, plasmada a través de la intangibilidad de los contratos, que consagra el artículo 62 de la Constitución, y otra para los derechos de fuente normativa que es la de los hechos cumplidos, salvo en materia de seguridad social...". página 321-322.

274 En este sentido, HERRERA VASQUEZ, Ricardo. "Los derechos adquiridos en el proceso de flexibilización de la legislación laboral y previsional". En : Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Oficina Internacional del Trabajo. Lima. 2000. Página 155.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

estos habían sido declarados inconstitucionales para todos los casos". El fundamento central para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ley N° 26835, radica en que esta norma asume que el tope se aplica por igual a las pensiones que se abonen a partir del 1 de julio de 1996, con independencia de la fecha de otorgamiento de la pensión o los años de servicio del titular, acogiendo el principio de aplicación inmediata de la ley contemplado en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Sin embargo, este no es el criterio acogido por el Tribunal Constitucional para los temas pensionarios – que es el de los derechos adquiridos- calificando entonces esta norma de inconstitucional por el fondo.

Dejada sin efecto esta norma, tuvo vigencia la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 que fijó topes pensionarios de acuerdo con la ley delegante, Ley N° 26557, en el monto equivalente al sueldo de un congresista y luego la actual Ley N° 28047 que fijó en una (1) U.I.T el límite máximo mensual par las pensiones generadas a partir del 1 de agosto de 2003. Empero, los topes sólo pueden aplicarse a los pensionistas que adquirieron su derecho a partir de su vigencia, esto es, a partir del 24-04-96, como se desprende del considerando N° 19 de la sentencia del 23-04-97, incorporado a la parte resolutiva de dicha sentencia, cuando señala:

> "(...) Es así, que aquellos que se encontraban bajo el amparo del régimen del Decreto Ley N° 20530, que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por la norma, esto es, haber laborado 20 o más años de servicios; tienen derecho a una pensión nivelada, conforme lo dispuso en su oportunidad el Decreto Ley N° 20530 y sus modificatorias.
> Respecto de aquellas personas sujetas al régimen del Decreto Ley N° 20530 que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817 – esto es el 24 de abril de 1996 – no alcancen 20 años de servicios no tendrán derecho a una pensión nivelable con las condiciones que establece el mencionado Decreto Ley, pues aún no habrían adquirido tal derecho, estando sujetos al régimen de pensión nivelada bajo las condiciones que establece el Decreto Legislativo N° 817 en su artículo 7°."

Repárese que la sentencia confunde el derecho a la nivelación con la aplicación de topes, cuestiones que son absolutamente diferentes. La nivelación permite la actualización de la pensión en función a la remuneración del activo de la misma categoría y puesto, mientras que el tope consiste en la fijación de un límite máximo temporal al monto de la pensión, no al derecho mismo. El tope sólo es de aplicación cuando el monto de la pensión excede del monto máximo, por lo que es posible que una pensión nivelable no se vea afectada por el tope si su monto fuese inferior al mismo, de tal for-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ma que puede presentarse el caso de una pensión nivelable que esté por debajo de los topes pensionarios, como serían las pensiones que se nivelan con las retribuciones del personal sujeto al régimen laboral público del Decreto Legislativo N° 276[275].

Por otro lado, la nivelación se puede aplicar conjuntamente con los topes pensionarios, cuando éstos formaban parte del marco jurídico en vigencia durante el tiempo que el trabajador adquirió el derecho a pensión. En este supuesto coexisten el derecho a la nivelación con la imposición de topes, coexistencia constitucional y legalmente válida como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional.

En nuestra opinión, la nivelación es incompatible con los topes cuando éstos no formaban parte de la regulación legal al momento de la adquisición del derecho. Por tanto, no se trata de una oposición entre nivelación y topes sino de ley aplicable al momento de adquirir el derecho, de tal forma que la aplicación de topes a pensiones nivelables se producirá cuando al momento de adquisición del derecho se encontraba vigente la regulación legal de topes pensionarios.

En este contexto, una nueva norma legal que imponga topes en el pago de las pensiones no podría ser opuesta a quienes han adquirido derechos pensionarios de acuerdo a una regulación legal sin topes. De dictarse una nueva ley sólo tendría efectos para quienes hubieran adquirido el derecho (y no únicamente la pensión) bajo un régimen legal de aplicación de topes pensionarios. Este criterio no sólo ha sido ratificado sino que aparece como un precedente de obligatorio cumplimiento para los casos futuros.

El único mecanismo para acoger la teoría del hecho cumplido en la aplicación de leyes pensionarias sería a través de una reforma constitucional como precisamente lo plantea el propio Tribunal Constitucional si las reglas del Decreto Ley N°19990 y las del Decreto Ley N° 20530 no se adecuan a los imperativos de equidad social o "a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido"[276] .

275 Al respecto, la sentencia del caso Maldonado Duarte es expresa en señalar que "la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Ley N° 20530, el artículo 5° de la Ley N° 23495 y el artículo 5° del Decreto Supremo N° 015-83-PCM". Esta resolución tiene carácter de jurisprudencia de obligatorio cumplimiento, como se aprecia descarta de plano la comparación con el régimen laboral de la actividad privada aunque es preciso reconocer que en pronunciamientos anteriores había establecido el criterio de que la nivelación se realizaba con el régimen laboral al que perteneció el trabajador al momento del cese, como se aprecia de las resoluciones reiteradas. (Casos Meazrina Mendoza con el Poder Judicial- Expediente N° 729-99-AA/TC; Asociación Nacional de ex servidores de ADUANAS contra ADUANAS – Expediente N° 292-99-AA/TC, por ejemplo).

276 Fundamento 14 de la sentencia dictada en la acción de amparo en el caso Maldonado Duarte publicada el 21 de setiembre de 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Consideraciones en torno a la Jurisprudencia Constitucional sobre los Contratos de Servicios No Personales

Carlos Guillermo Morales [277]
Ex Asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Trabajo. Ex Asesor de la Presidencia de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los denominados contratos de servicios no personales ha despertado recientemente el interés de los estudiosos del régimen laboral público, a partir de la difusión de las conclusiones del Informe de la Comisión Multisectorial creada por D.S. N° 004-2001-TR, durante el Gobierno de Transición presidido por el Dr. Valentín Paniagua.

Una de las conclusiones más saltantes del citado informe fue la extensión desmesurada de esta modalidad atípica de contratación dentro del Sector Público, que no parece corresponder "a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, pues, hasta ahora, salvo menciones aisladas en normas dispersas, como por ejemplo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se han precisado sus alcances a través de ninguna norma específica" [278].

Precisamente, esta ausencia de regulación normativa ha propiciado que este vacío legal sea integrado por la jurisprudencia, principalmente del Tribunal

277 El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Indira Barrantes en la presente investigación.
278 A respecto, el Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central creada mediante D.S. N° 004-2001-TR durante el Gobierno de Transición, pág. 21 y

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Constitucional, en diversos fallos dictados en mérito a acciones de garantía interpuestas por estos locadores, que en forma reiterada - particularmente a partir del año 2000 - y consistente viene aplicando los principios del Derecho del Trabajo en sede procesal constitucional, ordenando su reincorporación al empleo, al haber sido presuntamente afectados en sus derechos constitucionales.

El objeto del presente ensayo es analizar una muestra seleccionada de estas Ejecutorias del Tribunal, a fin de determinar a la luz del Derecho Laboral y del Derecho Administrativo, sus principales vertientes de entrada, dado que las acciones de amparo que han motivado estos pronunciamientos tienen especial incidencia para el Sector Público, en el que rigen normas expresas que restringen la contratación de personal - como las Leyes de Presupuesto - que han terminado siendo desplazadas por las normas y principios del Derecho Laboral.

Este desplazamiento de las categorías de análisis del Derecho Público, apropiadamente caracterizado como la "huida del Derecho Administrativo" [279], ha traído como reacción, una "laboralización" por vía jurisprudencial de las relaciones jurídicas originadas en los contratos de servicios no personales, por aplicación directa del principio de primacía de la realidad, e indirectamente, por otros, como el de duración indeterminada de la relación laboral, que también ha sido utilizado como signo distintivo de la existencia de un contrato de trabajo.

Por estas consideraciones, nuestro marco de análisis lo hemos circunscrito a esta muestra seleccionada de acciones de amparo promovidas por locadores que han prestado sus servicios a organismos públicos descentralizados, proyectos autónomos, universidades, ministerios y gobiernos locales, en los que mayoritariamente, el régimen laboral al que se encuentran adscritos los empleados es el régimen legal de la carrera pública, que es el escenario en el que se produce el desencuentro entre las normas y los principios anteriormente referidos.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS NO PERSONALES

2.1. Jurisprudencia sobre contratos de servicios no personales celebrados al amparo de las Leyes de Presupuesto y Decretos de Urgencia

279 Al respecto, vid. GARCIA Y GONZALEZ, El Empleo Público, Laboralización, Carrera Administrativa y Unificación de Regímenes Laborales, en: Análisis Laboral N° 301, Vol. XXVI, Julio 2002, pág. 63. También: PASCO, Mario, Perú, en: Trabajadores del Estado en Iberoamérica, Obra colectiva del Grupo de los 9, coordinada por Mario Ackerman, Ed. Ciudad Argentina, 1998, pág. 281. Al respecto, también puede consultarse nuestra ponencia "Bases para una reforma del régimen laboral de la gestión pública en el Perú", mayo 2003, pág. 24 y ss, presentada a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En una etapa primigenia, el Tribunal Constitucional mostró cierta resistencia a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los contratos de servicios no personales, en la medida que dicho análisis implicaba analizar previamente aspectos controvertidos que pudieran requerir de actuación de medios probatorios, desnaturalizando las acciones de garantía, lo que constituyó la línea jurisprudencial prevaleciente hasta aproximadamente el año 2000.

Como sostiene Carlos Blancas [280] :

> *"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tras un comienzo vacilante, ha reconocido la idoneidad de la acción de amparo para impugnar el despido lesivo de derechos constitucionales. En verdad, nunca existió un rechazo rotundo del TC a la utilización del Amparo como mecanismo procesal de impugnación del despido, pues desde un principio, precisó que <el único límite que la ley procesal constitucional impone ceñirse al actor, al momento de elegir el Amparo como la vía procesal donde se habrá de dilucidar la controversia en torno a probables agresiones a sus derechos constitucionales, no es otro que la dificultad probatoria que pueda resultar del conocimiento de la litis por el Juez Constitucional, pues según se está a lo dispuesto por el Art. 13° de la Ley N° 25398, en este proceso no existe etapa probatoria> [281]".*

Dentro de esta orientación, podemos citar, a modo de ilustración, las Ejecutorias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 1012-97-AA/TC del 19-3-1998, N° 1111-97-AA/TC del 19-3-1998 y N° 1159-97-AA/TC del 19-3-1998, referidas a acciones de amparo interpuestas por locadores que prestaron servicios para la Oficina de Procesos Electorales (ONPE), probablemente al amparo de las Leyes de Presupuesto para el Sector Público de 1995 y 1996.

En el primer caso, que corresponde a la acción de amparo interpuesta por el señor Juan Eduardo Jáuregui Gamboa, que en vía de Recurso Extraordinario es elevada al Tribunal, a pesar que el accionante se había desempeñado como Analista Programador de la Gerencia de Informática de la entidad - labor en principio, eventual -, el Tribunal concluye que:

> *"Que, para determinar la real naturaleza jurídica de los contratos arriba señalados, es decir si se trata de contratos de servicios no personales normados por las disposiciones del Código Civil o contratos laborales, se requiere de otras pruebas además de los documentos (...) que acrediten la existen-*

280 En: El Despido en el Derecho Laboral Peruano, ARA Editores, Lima, 2002, Págs. 324 y 325.

281 El artículo 13° de la Ley N° 25398 Ley Complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, señala al respecto que: "En las acciones de garantía no existe etapa probatoria, lo que no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de las diligencias que el juez considere necesario realizar sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias (...)"

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cia de una relación de subordinación y la realización de labores permanentes por más de un año en forma ininterrumpida; que en consecuencia la reincorporación que solicita el actor debe tramitarse en la vía correspondiente por cuanto en la vía del amparo no existe estación probatoria".

Lo singular de este razonamiento, reside en que el Tribunal Constitucional interpreta que resultaría aplicable por analogía, la Ley N° 24041, en lo referente a que los servidores públicos contratados que laboran en forma permanente e ininterrumpida durante un año, adquieren su derecho a la estabilidad:

"Artículo 1°.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15° de la misma Ley."

En otras palabras, el Tribunal soslaya que el régimen legal aplicable a los locadores, aun bajo el supuesto que tuvieran el status jurídico-laboral, no sería el de la Ley N° 24041, que regula el caso de los servidores públicos contratados - Decreto Legislativo N° 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en adelante Ley de Bases -, sino el régimen laboral de la actividad privada, como establece la Ley Orgánica de la Oficina de Procesos Electorales, Ley N° 26487 [282].

A mayor abundamiento, la ONPE celebró estos contratos al amparo de las efacultades establecidas en el Decreto de Urgencia N° 035-95, que expresamente autorizó la contratación temporal de servicios no personales para el desempeño de las funciones previstas en el Reglamento de Organización y Funciones de la ONPE; es decir, labores permanentes, en concordancia con lo establecido en la Ley N° 26553 Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio 1996 [283].

A pesar de ello, fue aplicado en forma automática el criterio de la vía idónea, no obstante que las labores desempeñadas por los locadores constituían tareas de naturaleza permanente, Asistente de la Gerencia de Asesoría Jurídica, [284] bajo

282 Al respecto, vid. artículo 21° de la Ley N° 26487 publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 1995.

283 Efectivamente, de una parte dicha Ley, en el artículo 22°, correspondiente a las Normas de Austeridad, establecía en el numeral II que quedaba prohibido "Celebrar nuevos contratos de servicios no personales con personas naturales para el desempeño de funciones de carácter permanente contenidas en el Reglamento de Organización y Funciones". Sin embargo, en el artículo 23°, Numeral III, claramente señalaba que "La renovación de contratos personales y no personales con personas naturales, quedan exceptuados de las limitaciones establecidas en el artículo 22° numeral I, inciso b) y numeral II, inciso a) de la presente norma".

284 Tal es el caso del señor Ricardo Augusto Cuyubamba León Exp. N° 1111-97-AA/TC en tanto que de la Ejecutoria recaída en el Exp. N° 1159-97-AA/TC simplemente se alude a la parte pertinente de la demanda de amparo de la doña Jessica Gargurevich Martínez que se trataba de una labor de naturaleza permanente, sin precisarse cuál era

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

el argumento que *"para determinar la real naturaleza de los contratos referidos se requieren otras pruebas que acrediten la existencia de una relación de subordinación y de la realización de labores permanentes, por más de un año, en forma ininterrumpida"*.

- Desafortunadamente, al haber sido declaradas improcedentes estas acciones, únicamente puede rescatarse, para efectos de conocer las apreciaciones del Tribunal Constitucional sobre el fondo, las consideraciones invocadas por la Sentencia de Vista, que sustentaban el Recurso Extraordinario interpuesto por los demandantes, y que pasaban a ser analizadas en la parte considerativa.

  Así, en el Amparo promovido por doña Jessica Gargurevich Martínez, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima, declaró infundada la demanda, señalando lo siguiente:

> *"En cuanto al fondo de la materia en debate, no ha quedado demostrado en autos que la relación de servicios de la demandante - cuyos contratos celebrados expresamente como <Locación de Servicios> están sujetos a las normas de los artículos 1764° y 1770° del Código Civil - haya dado lugar a (su) incorporación a la Carrera Administrativa mediante nombramiento; y (...) no es válida la argumentación que el principio de primacía de la realidad en la medida que la contratación referida no se condice con las disposiciones que norman el ingreso en la carrera administrativa".*

En nuestro concepto, el mérito incuestionable de esta sentencia reside en que plantea un debate central, que gira en torno a la aplicabilidad de las normas y principios especiales del Derecho del Trabajo dentro de la esfera propia del Sector Público, específicamente si es posible aplicar el principio de primacía de la realidad a los contratos de servicios no personales, a pesar que contaban con un sustento legal concreto en las Leyes de Presupuesto, que permitían la renovación de los mismos [285], aun tratándose de labores permanentes.

Por lo tanto, al margen si existió o no vulneración de un derecho constitucional, como el derecho al trabajo o a la protección contra el despido arbitrario, derechos laborales fundamentales reconocidos por la Constitución - materia propia del Amparo - interesa analizar si esta operación lógica realizada por el Tribunal, que conlleva la "laboralización" de los servicios no personales, resulta amparable desde el punto de vista constitucional y legal, o si por el contrario, estaría co-

285 Vid. al respecto supra, nota 5.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

lisionando con la naturaleza de orden público de las disposiciones legales contenidas en las Leyes de Presupuesto General y otras análogas, como las que regulan el acceso a la carrera administrativa.

2.2. Jurisprudencia sobre contratos de servicios no personales en los proyectos autónomos y Gobiernos Locales

En segundo término, interesa analizar las demandas de Amparo promovidas por locadores que prestaron servicios para proyectos autónomos, administrados por los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR), y más específicamente, contra gobiernos locales, - estos últimos, sin lugar a dudas, son los supuestos más extendidos y han originado multiplicidad de pronunciamientos en sede procesal constitucional - por tratarse de una casuística a relevarse dentro de la jurisprudencia constitucional.

2.2.1 Jurisprudencia sobre locadores en proyectos autónomos

Al igual que el primer grupo analizado, dado que su correspondencia cronológica es palpable, conviene remarcar los principales criterios que manejó el Tribunal Constitucional a propósito de una demanda de Amparo que hemos seleccionado, correspondiente a la señora Juana Haydée Escobedo Rivera, quien laboró como locadora para el Consejo Transitorio de Administración Regional (CTAR) de la Región Arequipa, en el Proyecto de Irrigación "Pampa Colorada", Exp. N° 160-97-AA/TC, sobre la que recayó la Ejecutoria de fecha 29 de octubre de 1997.

En este caso, como se señala en los antecedentes, la actora fundamenta su acción en que:

> *"(...) ingresó a laborar en el año de 1975 en el Ministerio de Agricultura y Alimentación en calidad de servidora pública contratada, laborando en diversos proyectos de irrigación, hasta el 20 de junio de 1990 en que fue transferida a la Unidad Agraria VIII- Región Arequipa, en donde a partir del 01 de julio de 1989 continuó laborando en el proyecto de irrigación <Pampa Colorada> hasta la fecha de su despido, afirmando que los servicios prestados al Estado son de naturaleza permanente como servidora pública contratada, relación laboral que a su decir, le reconoce derechos laborales de estabilidad laboral (sic), por lo que no podía ser objeto de cese o destitución (...)"*

Contrariamente a lo que se venía perfilando como un criterio prevaleciente, - aplicación analógica de la Ley N° 24401 - que reconocía el derecho de los servidores públicos contratados para labores permanentes por más de un año

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ininterrumpido de servicios a "no ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15° de la misma Ley" [286], el Tribunal se apartó en este caso parcialmente de esta doctrina, interpretando que por no estar comprendida la actora dentro de la carrera administrativa, no le asistía el derecho a estar protegida por esta norma:

> *"Que, el artículo 2° del D. Leg. N° 276 establece que <No están comprendidos en la carrera administrativa los servidores públicos contratados> (...)".*

Sin embargo, líneas adelante, y en forma correcta, el Tribunal invoca la aplicación del supuesto de excepción establecido en el artículo 2° de la Ley N° 24041:

> *"Que, el artículo 2° de la Ley N° 24041 establece que no están comprendidos dentro de los beneficios de la presente Ley los servidores públicos contratados para desempeñar <labores en proyectos de inversión, proyectos especiales ...>"*

A nuestro juicio, esta interpretación del Tribunal, si bien rescata la naturaleza jurídica de la carrera pública, que presupone la incorporación del servidor o funcionario a la misma, una vez cumplidos los requisitos de forma y fondo, incurre en un error conceptual: si bien es cierto que la accionante no tenía la condición de servidora pública contratada, ni dentro de la Ley de Bases, ni fuera de ésta, lo verdaderamente relevante era que por laborar para un proyecto autónomo, su situación se encontraba perfectamente excluida de la Ley N° 24041.

Al respecto, el artículo 2° de dicha Ley señala expresamente que:

> *"Artículo 2°.- No están comprendidos en los beneficios de la presente Ley los servidores públicos contratados para desempeñar:*
> *1.- Trabajos para obra determinada;*
> *2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programa y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada;*
> *3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración;*

286 Dicho artículo 15° señala que: "La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos. Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los servicios que por su propia naturaleza sean de carácter accidental o temporal".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

4.- Funciones políticas o de confianza".

Es decir, aún bajo el supuesto que la accionante hubiera mantenido su condición de servidora pública contratada, al laborar para un proyecto especial del Estado - por su propia definición, una tarea de naturaleza temporal, que subsistiría en tanto perdurara la obra - ésta no podía invocar la protección de la estabilidad laboral establecida en la Ley de Bases reservada en favor de los servidores públicos que desempeñan funciones de naturaleza permanente [287].

Lo que llama la atención es que a pesar de la solidez de estas consideraciones y los presupuestos fácticos del caso [288], el análisis realizado por el Tribunal Constitucional no se abocó a dilucidar la naturaleza jurídica del contrato de servicios no personales materia de la controversia, sino que se apoyó en una estipulación contractual que aludía a una aplicación simultánea de la Ley de Bases y del Código Civil, normas claramente incompatibles y excluyentes entre sí:

> *"Que, la cláusula sexta del contrato señalado establece que <<está regulado por las normas legales contenidas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, sus reglamentos en lo que les sea aplicable, Código Civil y demás dispositivos legales vigentes >> (...)"*

Incluso en la parte considerativa del fallo, el Tribunal estima que resulta aplicable "*el artículo 1361° del Código Civil (que) establece que <<los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (...)>> Que, (...) obra el contrato de locación de servicios personales eventuales celebrado entre la actora y el Consejo Transitorio de Administración Regional-Región Arequipa, en el cual puede apreciarse en su cláusula segunda que su fecha de vencimiento era el 31 de diciembre de 1995, contrato que se encontraba dentro de las relaciones contractuales establecidas por el Código Civil* >>".

Paradójicamente, en este primer sub grupo, el criterio definitorio de la improcedencia pasa a ser no la aplicación analógica de la Ley N° 24041 o los supuestos de excepción, sino consideraciones de Derecho Privado como la lex contractus,

287 Al respecto, vid. artículos 1° y 4°, inciso b) de la Ley de Bases; el primero establece la garantía de estabilidad para los servidores públicos que "con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública", y el segundo recoge como principio de la carrera administrativa el de estabilidad.

288 Asimismo, si bien en la Ejecutoria analizada consta que la actora ingresó en el año 1975 a laborar en el Proyecto "Pampa Colorada" en la Región Arequipa, y cumplió sus labores en un inicio como servidora pública contratada del Ministerio de Agricultura y Alimentación, sin embargo, también consta una liquidación del tiempo de servicios prestados a razón de 18 años y 5 meses al amparo de la Ley N° 4916, para pasar a ser contratada como servidora pública al amparo de la Ley de Bases por un año adicional, hasta que finalmente acepta celebrar un contrato de servicios no personales cuya vigencia fue del 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 1995, habiendo sido cesada el 26 de diciembre de ese mismo año.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

asumiendo en consecuencia, que los contratos de servicios no personales tendrían una naturaleza jurídica privada, y no pública.

2.2.2 Jurisprudencia sobre Locadores en Gobiernos Locales

El segundo sub grupo de análisis es el conformado por acciones de Amparo promovidas contra gobiernos locales durante la vigencia de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, cuyos empleados y funcionarios administrativos por mandato legal expreso se encontraban sujetos al régimen laboral público [289].

Como ya tenemos dicho, la casuística que se obtiene de este rubro, es la más rica en cuanto a la materia a analizar, dado que en estos procesos de Amparo comienza a perfilarse una tendencia jurisprudencial hoy hegemónica en el Tribunal Constitucional, consistente en la aplicación de los principios del Derecho del Trabajo a estos procesos constitucionales, como el de primacía de la realidad, instaurando esta "laboralización" por vía jurisprudencial de los contratos de servicios no personales.

Para efectos del presente análisis, interesa revisar la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre los contratos de servicios personales, cuyos hitos principales los graficaremos con las Ejecutorias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 182-97-AA/TC, 521-99-AA/TC, 731-99-AA/TC, 0024-2000-AA/TC, 598-2000-AA/TC, 1478-2001-AA/TC y 2371-2002-AA/TC.

En el primer caso, que fuera resuelto mediante Ejecutoria del Tribunal de fecha 21 de agosto de 1997, se trata de un grupo de locadores que habían prestado servicios para la Municipalidad de Puno, a mérito de un concurso público aprobado mediante Resolución de Alcaldía N° 074-86-MPP/OPP, habiendo laborado en forma ininterrumpida desde el mes de julio de 1986 hasta enero de 1996, en obras dentro del Municipio demandado. El Tribunal amparó la pretensión, considerando lo siguiente:

289 Para efectos del presente análisis debe tenerse en consideración que el artículo 52° de la Ley N° 23853 Ley Orgánica de Municipalidades, establecía que: "Los funcionarios, empleados y obreros, así como el personal de vigilancia de las Municipalidades son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública y tienen los mismos deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente. Cada Municipalidad elabora su escalafón de personal, de acuerdo con la legislación vigente y homologa sus remuneraciones, con arreglo al artículo 60° de la Constitución".
A su vez, la Ley N° 27469 publicada el 1° de junio de 2001 en el Diario Oficial modificó dicho artículo en los términos siguientes: "Los funcionarios y empleados, así como el personal de vigilancia de las municipalidades, son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública y tienen los mismos deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoseles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen. Cada municipalidad elabora su escalafón de personal, de acuerdo con la legislación vigente". Dicha norma se mantiene vigente en la actual Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972 desde el 28 de mayo de 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *"(...) Que, los demandantes (...) han superado ampliamente el plazo de tres años ininterrumpidos de trabajo bajo la dependencia de la emplazada cumpliendo de este modo lo previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 276 (...) que han gozado a su vez de todos los derechos y beneficios que corresponden al servidor público de carrera sujeto al régimen del citado Decreto Legislativo (...), estando incluso cronogramados en el rol para hacer uso de sus vacaciones en el período anual de 1996 (...) y que por último, su calidad de servidores contratados con carácter permanente fue definitivamente refrendada con la Resolución de Alcaldía N° 716-95-MPP/A (...)"*

Como puede apreciarse, el sustento principal de esta Ejecutoria reposa en que de acuerdo a las normas administrativas citadas, estos servidores al haber accedido mediante concurso público, tenían cuando menos la condición de servidores públicos contratados, de tal forma que al haber sido cesados sin recurrirse al procedimiento administrativo establecido por la Ley de Bases, el Municipio demandado habría incurrido en afectación a su derecho a la estabilidad en la Administración Pública [290] y al debido proceso, debiendo reponerse las cosas al estado anterior a la violación constitucional.

Por otra parte, en los casos que analizamos a continuación, interesa tomar debida nota de los principales criterios que han orientado al Tribunal Constitucional en materia de contratos de servicios no personales, conforme ilustran las Ejecutorias recaídas en acciones de Amparo interpuestas contra gobiernos locales.

En estos casos, el denominador común identificado es, sin lugar a dudas, la existencia de "contratos en cadena" por períodos extensos de servicios, los que, en opinión del Tribunal serían indicativos de un vínculo de naturaleza laboral, por tratarse de labores permanentes, y no accidentales o eventuales que pudieran quedar encuadradas dentro de los supuestos excepcionales recogidos en el artículo 2° de la Ley N° 24041:

> *"Que, cabe señalar que no obstante que los últimos contratos (...) se celebraron conforme a su texto <para cubrir actividades de carácter temporal >, este órgano jurisdiccional concluye que el demandante desempeñó labores de naturaleza permanente por las siguientes razones: La primera es que tratándose de seis años de servicios, no resiste el más ligero análisis que una la-*

290 Al respecto, cabe advertir que en la Ejecutoria citada, no se menciona específicamente norma constitucional alguna que sustente esta vulneración al derecho a la estabilidad; sólo se mencionan normas de rango infraconstitucional como el artículo 100° del D.S. N° 005-90-PCM que señala que: "Los servidores de carrera gozan de estabilidad laboral dentro de la Administración Pública. Sólo pueden ser destituidos por causa prevista en la Ley y previo proceso administrativo disciplinario. Los trasladados a otras entidades públicas y/o lugar geográfico diferente al de su residencia habitual deberán contar con el consentimiento expreso del servidor".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

bor o función que tenga tan extenso período de duración pueda considerarse razonablemente como temporal, pues la temporalidad significa lo circunstancial, lo fugaz o perentorio en el tiempo, por el contrario, ese período tan extenso no refleja sino la naturaleza permanente de la labor, máxime cuando (...) el caso del demandante no se halla bajo ninguno de los supuestos comprendidos por el artículo 2° de la Ley N° 24041 (...)" (Exp. N° 521-99-AA/TC).

Sin embargo, la consideración más relevante y decisiva que pesa en el ánimo del Tribunal Constitucional, es que al obrar en autos elementos tipificantes de un contrato de trabajo [291]:

"En virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen de la apariencia temporal que se refleja en los contratos citados, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, por lo que atento a ello, mal haría este Juez Constitucional en considerar que la relación mencionada tuvo carácter eventual. Esta consideración es de la más vital importancia, toda vez que el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto éste como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (...)" (Exp. N° 521-99-AA/TC)

Este criterio aparece reafirmado en las Ejecutorias recaídas en los Expedientes N° 0024-2000-AA/TC y N° 0598-2000-AA/TC, en ese mismo año, con lo cual queda consolidado como jurisprudencia vinculante con efectos estimatorios, en los términos de la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [292].

Como puede apreciarse, es el efecto combinado de la aplicación de dos principios del Derecho del Trabajo lo que determina la orientación del fallo en sede procesal constitucional: el primero de ellos, el principio de duración indefinida de la relación laboral, y el segundo, el tantas veces aludido principio de primacía de la realidad.

291 Tal es el caso de una boleta de pago por el mes de diciembre de 1998, en la que consta que su fecha de ingreso fue el 1° de enero de 1993, copia certificada de una denuncia policial en la que el Jefe de Personal de la municipalidad demandada aceptaba que su récord de servicios era del, 1° de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1998, con lo cual habría superado el año ininterrumpido de servicios.

292 Dicha norma señala que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Evidentemente, si se tratara de prestaciones de servicios reguladas por el régimen laboral de la actividad privada, se aplicarían las previsiones establecidas en los artículos 4° del T.U.O de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR, o artículos 3° y 9° de la Ley General de Inspección del Trabajo, Decreto Legislativo N° 910 y su Reglamento, D.S. N° 020-2001-TR, respectivamente.

Sin embargo, lo que fluye de la revisión de los antecedentes señalados por el Tribunal Constitucional como presupuestos de hecho para la aplicación de los principios antes referidos, es una conclusión en sentido contrario: los accionantes en cada caso, aún en el supuesto que pudieran ser asimilados a algún régimen legal, no sería el laboral privado, sino el laboral público, por expresa previsión de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853 antes analizada, que consagraba un régimen "flat" para funcionarios, empleados administrativos y obreros [293].

En otras palabras, el Tribunal estaría aplicando por analogía las normas y principios propios del régimen laboral privado a relaciones que por expresa disposición legal estarían comprendidas dentro del ámbito del Derecho Público, sujetas a su propia regulación especial, que incluso tiene previstas sanciones contra los funcionarios responsables de infringir las normas de contratación pública.

Las consecuencias y efectos legales de estos criterios jurisprudenciales los analizaremos a continuación, especialmente atendiendo al efecto restitutorio propio de las acciones de garantía, que encuentra un serio obstáculo en la ejecución de las sentencias estimatorias obtenidas en sede procesal constitucional, particularmente por efecto de algunos mandatos dispuestos por el Tribunal que ordenan "regularizar" la situación laboral de los locadores, situación que a nuestro juicio excede los alcances del fallo en cuestión.

3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE CONTRATOS DE SERVICIOS NO PERSONALES

3.1 El contrato de servicios no personales pertenece al régimen de la contratación administrativa

Efectivamente, en primer término, el contrato de servicio no personales pertenece al ámbito de la contratación administrativa, como acertadamente señalaba una Ejecutoria del Tribunal Constitucional de fecha 13 de abril de 2000, recaída en el Exp. N° 484-99-AA/TC, que desestimó el Amparo promovido por doña Marina Benner Caycho contra la Municipalidad Metropolitana de Lima:

293 Vid. al respecto supra, nota 12.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> *"Que, la prestación de servicios no personales o locación de servicios constituye una modalidad de contratación que se regula por el artículo 1764° del Código Civil y por el Reglamento Unico de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el Sector Público aprobado por Decreto Supremo N° 065-85-PCM. En virtud del artículo 1.2.1. inciso y) de este último se entiende por servicios no personales a la actividad o trabajo que efectúa una persona ajena al organismo público a cambio de una retribución económica, y se mide por sus efectos y resultados".*

Al respecto, Roberto Dromi señala, a propósito de la naturaleza jurídica del vínculo contractual que se origina con la Administración Pública, que puede derivar en una relación de empleo público - equivalente a nuestra Ley de Bases – o una de derecho privado regulada por el Código Civil, vía la locación de servicios:

> *"La naturaleza jurídica de la relación de empleo público, es decir, de la relación entre la organización administrativa (órgano-institución) y el sujeto particular (órgano-individuo) es de carácter contractual (...)*
> *Para nosotros se trata de una relación contractual, de derecho público, que guarda analogía, en cuanto al objeto, con el contrato de trabajo y con la locación de servicios y que difiere de ellos por el régimen jurídico específico en razón de ser el Estado el contratante y en razón de los fines del servicio contratado.*
> *El hecho que los empleados públicos, en algunos casos, queden comprendidos en normas de carácter legal o reglamentario, no contradice la esencia contractual de la relación de empleo público, en tanto expresa una concurrencia de voluntades (Administración y administrado) de mutuo consentimiento"* [294].

En consecuencia, es el régimen jurídico que se le asigna el que determinará no sólo su adecuado encuadramiento normativo, sino la aplicación de las normas y principios inherentes al contrato en cuestión, el mismo que, reiteramos, no sería otro que el régimen laboral público, y no el privado.

En ese sentido, Castiglioni señala que "dentro del marco de la ejecución presupuestal de los gobiernos locales, estos últimos pueden celebrar contratos privados y administrativos dividiendo a éstos como tales y como contratos administrativos de servicios, distinguiéndolos en función a que los primeros la propia ley los tipifica y regula (cita el Reglamento Unico de Adquisiciones derogado y a la Ley

294 Vid. DROMI. Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, 1998, pág. 429.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) y que los segundos están vinculados a la función de la administración contratante y /o a servicios públicos a cargo de ésta" [295]

Finalmente, cabe indicar que los contratos de servicios no personales tienen pleno sustento material en nuestro ordenamiento positivo, como hemos analizado con anterioridad, a propósito de las Leyes de Presupuesto dictadas en 1995 y 1996, y más recientemente por Leyes como la Ley N° 28034 del 22 de julio de 2003, que dictó medidas complementarias de austeridad y racionalidad en el Gasto Público [296], como normas de orden público económico.

3.2. No pueden extrapolarse categorías jurídicas del régimen laboral privado al público por tener una naturaleza distinta

En nuestro concepto, si bien resultaría perfectamente válida la aplicación del principio de primacía de la realidad, o el de duración indeterminada de la relación de trabajo, a las entidades en los que las categorías ocupacionales involucradas se encuentren sujetas al régimen laboral privado, resulta discutible extrapolarlos al ámbito público, como el de los gobiernos locales, universidades o ministerios, en los que el régimen legal aplicable es el de la Ley de Bases.

El problema de fondo es que el Tribunal ha optado por extender estos contenidos aplicativos a relaciones que se encuentran regidas por normas de derecho público, como puede apreciarse de las Ejecutorias recaídas en los Expedientes N° 125-2002-AA/TC del 6-11-2002 (Municipalidad Distrital de Samegua), N° 1358-2002-AA/TC del 21-1-2003 (Municipalidad Distrital de Barranco), N° 1562-2002-AA/TC del 9-1-2003 (INRENA), N° 2896-2002-AA/TC del 24-1-2003 (Ministerio de Pesquería-Complejo La Puntilla).

En el caso concreto del Municipio de Barranco, curiosamente se aplican simultáneamente el *principio de primacía de la realidad*, y la analogía, dado que se estima que *" de acuerdo a la Ley N° 24041, artículo 1°, se concluye que el actor fue contratado como trabajador permanente, como puede observarse del certificado de trabajo (...) vale decir que está comprendido dentro de los alcances de la ley antes mencionada, esto es, trabajador público para realizar labores de naturaleza permanente (...)".*

295 Cit. por LINARES, Mario, El Contrato Estatal, Lima, 2002, pág. 18.

296 Al respecto, el artículo 3° de la Ley referido a medidas relativas a gastos de personal bajo cualquier modalidad contractual en su numeral 3.1. dispuso que: "Queda prohibido el ingreso de nuevo personal al Sector Público bajo toda forma o modalidad contractual tales como los contratos de servicios personales, locación de servicios y/o servicios no personales o contratos de intermediación laboral (...)". Sin embargo, la misma Ley en su numeral 3.3. inciso c) permitía la renovación o prórroga de los contratos de las personas que estuvieron prestando servicios por la modalidad de locación al 31 de diciembre de 2002, hasta el mes de diciembre de 2003.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Sin embargo, lo contradictorio del caso es que en la parte resolutiva, el Tribunal declara fundada la acción de Amparo ordenando a la municipalidad emplazada *"reponer al demandante, regularizando su situación laboral por contrato de trabajo"*. Esta posición jurídica resultaría arreglada a Ley y conforme a derecho, en el caso del Exp. N° 1562-2002-AA/TC, referido a la acción de Amparo interpuesta por el señor Alejandro Navarro Pinedo contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), cuyo personal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21° de su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por D.S. N° 055-92-AG, se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada:

> *"Consecuentemente, resulta aplicable al presente caso el principio de primacía de la realidad, pues si bien el recurrente fue contratado bajo la modalidad de locación de servicios, de hecho realizaba prestaciones propias de un contrato de trabajo. Por este motivo, su despido debió realizarse por las causales y mediante el procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que, al no actuar conforme al procedimiento antes citado, la emplazada ha vulnerado el derecho fundamental al trabajo del recurrente"*.

Cabe señalar que en este caso, el Tribunal también concluye ordenando la reposición del recurrente, y la "regularización" de su contrato de trabajo, lo que implica una absoluta desnaturalización de los efectos restitutorios del Amparo, cuya consecuencia jurídica consiste en "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación al derecho constitucional" [297], dado que en el caso de los locadores que prestaban servicios en municipios, no correspondería que esto fueran contratados mediante contratos de trabajo sujetos al régimen laboral privado, por contravenir normas expresas de orden público.

3.3 La Constitución Política de 1993 establece regímenes diferenciados de trabajo para el empleo público y para la actividad privada

Al respecto, la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala con meridiana claridad:

> *"Tercera.- En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario"*.

El Dictamen elaborado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático, en relación a la Reforma Constitucional del Capítulo V Del Trabajo,

297 Vid, art. 1° de la Ley N° 23506 Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

y del Título I De la función Pública señalaba lo siguiente, sustentando esta diferenciación:

> *"Tanto el artículo décimo como la Norma Transitoria del proyecto propuesto, plantean un tema fundamental, que caracteriza al derecho laboral moderno, cual es su carácter expansivo y dinámico. Opera una suerte de penetración del Derecho Laboral privado en la esfera pública. En tal virtud, el artículo décimo antes citado, establece que las relaciones laborales dentro de las empresas del Estado se regularán por las normas del régimen laboral de la actividad privada. Ello no obstante, la norma transitoria propuesta, plantea la subsistencia de regímenes laborales diferenciados aplicables al ámbito de la actividad privada y pública, respectivamente. Esto con el objeto que hasta en tanto no se unifique el régimen laboral vigente, no proceda la acumulación de tiempos de servicios prestados bajo ambos regímenes, por tratarse de relaciones de naturaleza jurídico-laboral distinta, siendo que la primera es de naturaleza contractual - presupone el acuerdo entre partes – y la segunda es de naturaleza estatutaria, por intervenir en ella el Estado como sujeto de una relación regulada predominantemente por normas de derecho público".*

Por ello, el Dictamen de Reforma Constitucional antes citado, concluye señalando categóricamente que:

> *"Sostener lo contrario equivale poco más o menos a fracturar la columna vertebral del Derecho del Trabajo nacional, propiciando el caos normativo y la inseguridad de los trabajadores de uno y otro régimen".*

En términos similares se pronunció el Tribunal Constitucional español sobre la constitucionalidad de la aplicación de un régimen jurídico, doble, laboral y de función pública:

> *"(...) se trata (...) de regímenes jurídicos distintos aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esta distinción, ya que, como se dijo en la Sentencia N° 57/1982, la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución, y de ello es prueba la también distinta regulación y previsión constitucional, cuyo artículo 35 remite al Estatuto de los Trabajadores y el artículo 10.3 al Estatuto de los Funcionarios, lo que justifica las regulaciones diferenciadas (...)"* [298].

298 Ramón PARADA, Derecho Administrativo, Vol II. Organización y Empleo Público, Madrid, 2002, Marcial Pons, pág. 442.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Sobre la validez de esta diferenciación también se ha pronunciado la doctrina nacional [299] a propósito de esta disposición constitucional. En igual sentido, la doctrina proveniente del ámbito del Derecho Público señala importantes diferencias entre un régimen legal y el otro:

> *"(...) la administración pública se diferencia profundamente de la privada. En el sector privado, las relaciones entre los sujetos están regidas por los principios de igualdad jurídica y de la autonomía de la voluntad, que implican que todos los sujetos son, en principio, iguales entre sí y que, por lo mismo, nadie puede imponer obligaciones a otro sin su consentimiento".* [300]

Por ello, las teorías que explican la naturaleza especial de las relaciones de trabajo dentro de la Administración Pública se apoyan en teorías unilaterales o estatutarias, como señala Younes:

> *"(...) Teoría del acto condición. El acto condición deriva de la voluntad del Estado y del efecto jurídico que origina en el nombrado. Se condiciona a ese caso particular la aplicación de las disposiciones legales preexistentes que regulan la relación establecida.*
> *(...) Teoría del estatuto legal y reglamentario. Las relaciones del Estado con sus trabajadores se regulan de manera estatutaria o reglamentaria. Los derechos y obligaciones de los servidores públicos se fijan en leyes y reglamentos, mediante actos unilaterales del Estado en los cuales se fijan las condiciones que se juzgan necesarias para el servicio, sin que intervenga la voluntad del agente, pues estas regulaciones son facultad exclusiva de los poderes públicos".* [301]

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Luego de analizar la jurisprudencia constitucional sobre contratos de servicios no personales, queda claro que se ha evolucionado de una posición jurídica conservadora, pasando por matices intermedios, hasta llegar a la toma de posición actual que ha realizado el Tribunal Constitucional, que puede caracterizarse de "laboralización" de la jurisprudencia sobre esta materia.

299 Al respecto, v. Mario PASCO, Op. cit. pág. 280: "La Constitución Política de 1993 marca un claro distingo al separar el trabajo y la función pública en artículos distintos y distantes. Esta diferenciación no se agota en lo formal sino que, para que no quepa duda de que los preceptos de unos y otros no son transferibles a los otros, duplica simétricamente en los artículos 28° y 42° lo relativo a la sindicación y huelga. Si, como alguien alguna vez ha sostenido, todo lo contenido en el tema laboral fuera extensible de modo natural y automático a los servidores del Estado, les sería aplicable también el artículo 28°, y el artículo 42° sería superfluo por redundante (...)"

300 Al respecto, v. L. RODRÍGUEZ, Derecho Administrativo general y colombiano, Ed. Témis, Bogotá, 2000, pág. 12 y ss.

301 Ver Diego YOUNES, Derecho Administrativo Laboral, Ed. Témis, Bogotá, 1996, pág. 42 y ss.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Sin duda alguna, ha contribuido a esta profusa y vasta actividad jurisdiccional constitucional, la inexistencia de un marco legal idóneo que regule la figura de los contratos de servicios no personales, que podría, según la opción legislativa, encauzarse por el rumbo de un contrato administrativo laboral, o el de su "laboralización" definitiva.

Sin embargo, ello no impide que se revise estos criterios jurisprudenciales, especialmente dentro del ámbito de las entidades cuyo personal se encuentra sujeto al régimen laboral público, en las cuales, a nuestro juicio, los principios del Derecho del Trabajo entran en abierta colisión no sólo con normas legales de orden público, como las Leyes de Presupuesto, Ley de Bases, sino contra normas constitucionales expresas, que precisamente se dictaron para evitar confusiones entre ambos regímenes legales.

La aplicación de la analogía por parte del juez constitucional en el ámbito de determinadas entidades públicas resulta especialmente discutible, particularmente de los mandatos de "regularización" de estos contratos por contratos de trabajo, cuando el régimen legal que resulta aplicable es el de la actividad pública, pudiendo llegar al extremo de situaciones de incumplimiento de otras normas, como las de la Ley de Bases y de Presupuesto del Sector Público, así como las recientemente dictadas como la Ley N° 28034.

A modo de conclusión final, consideramos que se debe dar al Derecho Público lo que es del Derecho Público, y al Derecho del trabajo lo que le es propio, que es el régimen laboral de la actividad privada, como ha sido la intención del constituyente, hasta que se defina por vía legislativa el destino final del régimen del empleo público.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Selección de Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral

1. **Expediente N° 0895-2001-AA/TC, Lambayeque (31 de enero de 2001)**
   Acción de Amparo seguida por Lucío Valentín Rosado adanaqué contra el Seguro Social de salud –ESSALUD, Hospital Nacional Allmazor Aguinaga asenjo, solicitando que no trabajar los sábados por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia, a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión. Sentencia que declara fundada la acción de amparo, ordenando a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados.

2. **Expediente N° 2132-2000-AA/TC, Piura (25 de setiembre de 2003)**
   Acción de Amparo seguida por Juan Alberto Escobar Carrillo contra la Municipalidad Provincial de Sullana, solicitando se le reponga como empleado de dicha institución, habiendo sido contratado bajo la modalidad de servicios no personales. Sentencia que declara fundada la acción de amparo en aplicación del principio de primacia de la realidad.

Selección a cargo del Dr. Fernando García Granara

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Exp. N.° 0895-2001-AA/TC
Lambayeque
LUCIO VALENTÍN ROSADO ADANAQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de agosto de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, con los votos singulares de los Magistrados Rey Terry y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO:

Recurso extraordinario interpuesto por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 128, su fecha 5 de julio de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES:

El recurrente, con fecha 31 de enero de 2001, interpone acción de amparo contra el Seguro Social de Salud-ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo, a fin de que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión.

Afirma que presta servicios a la emplazada como médico desde el 4 de febrero de 1988, y que, durante los últimos cinco años, la demandada ha establecido los horarios de trabajo mediante la estructuración de un rol mensual que incluye los días y las horas de labor que corresponden a cada profesional de la salud. Sostiene que desde el comienzo no se le incluyó en los días sábados, puesto que sus jefes inmediatos y la alta dirección del hospital conocían que pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos conlleva la observancia del día sábado como día dedicado al culto, pues es el "Día del Señor o Día de Reposo Cristiano". No obstante esto a partir de la expedición del rol de trabajo correspondiente a febrero de 2001, se le ha programado para laborar los días sábados, con lo cual se le estaría obligando a incumplir sus pre-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ceptos doctrinarios o a generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían generar su despido.

EsSalud propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, indicando que el demandante no ha formulado ningún reclamo previo ante la propia institución demandada antes de interponer la demanda, y contesta la demanda señalando que la orden laboral de distribución equitativa de los días sábados entre los médicos se justifica por necesidad institucional y no constituye discriminación alguna, pues responde a un trato de igualdad del horario laboral. Aduce que las prácticas religiosas no pueden obligar a las instituciones públicas a modificar, a favor de algún trabajador, la distribución de los turnos laborales.

El Séptimo Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 20 de marzo de 2001, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda, por considerar que el recurrente no se encontraba comprendido en alguna de las excepciones previstas en el artículo 28° de la Ley N.° 23506.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS:

Dado que tanto la resolución de primera instancia como la recurrida se amparan en la falta de agotamiento de la vía administrativa para desestimar la acción de autos, antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, es preciso analizar si ésta debió agotarse.

La exigencia de agotarse la vía administrativa antes de acudir al amparo constitucional se fundamenta en la necesidad de brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a efectos de posibilitar que el administrado, antes de acudir a la sede jurisdiccional, pueda en esa vía solucionar, de ser el caso, la lesión de sus derechos e intereses legítimos. No obstante su obligatoriedad, existen determinadas circunstancias que pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa en un requisito perverso, particularmente, cuando de la afectación de derechos fundamentales se trata. En tales casos, se exime al administrado de cumplir esta obligación. Las variables, en sentido enunciativo, de esas excepciones se encuentran recogidas en el artículo 28° de la misma Ley N.° 23506.

En el caso de autos, si bien en la fecha en que se interpuso la demanda (31 de enero de 2001) aún no se habían incluido los días sábados en el rol laboral del

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

demandante, lo cierto del caso es que dicha programación se llevó a cabo en el mes de febrero del mismo año, circunstancia que es debidamente advertida por el recurrente en su escrito de fecha 2 de febrero de 2001, obrante a fojas 46. Por tanto, cuando se interpuso la demanda, no sólo se estaba frente al supuesto de una amenaza de lesión de derechos constitucionales ante la cual no cabía exigirse el agotamiento de la vía previa, sino, incluso, cuando esta se materializó con la orden contenida en la Carta N.° 139-GMQ.HNAAA.GRALA.ESSALUD.2000 (por medio de la cual se exigía la programación de las actividades laborales de los médicos del servicio "distribuyéndoles equitativamente en todos los días laborales de la semana"), la amenaza que se cuestionaba se había convertido en un acto concreto que, al haberse ejecutado inmediatamente, tampoco era exigible impugnarse en sede administrativa.

En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no era exigible el agotamiento de la vía administrativa, por lo que cabe ingresar a pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

La libertad de conciencia y la libertad de religión, si bien pueden confluir en algunos de sus postulados, son dos derechos de distinto contenido.

El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría.

Por otra parte, la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita.
En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Ambos derechos que, por lo demás, gozan de pleno reconocimiento internacional (artículo 18° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros) bien pueden ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores, como podrían ser la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público. Observada debidamente la diferencia entre ambos derechos fundamentales, se hace patente, al mismo tiempo, la incuestionable vinculación entre ambos, dado que es difícil, si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia.

En el caso de autos, el recurrente exige que se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora (asistir a laborar los días sábados), en razón de que su confesión religiosa no le permite obedecerla. Estamos pues ante un caso de lo que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), ha venido en denominar "objeción de conciencia". Siendo que el Estado Constitucional promueve la formación en los individuos de sus propias convicciones y la formación de una jerarquía de valores y principios, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Dichas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones.

Es de advertirse que nuestra Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho "constitucional" y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para arribar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos "no enumerados" o derechos "no escritos".

Es bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no sólo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución.

Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquél, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.

Ese es también el caso de aquellos "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional.

Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.

El derecho constitucional a la objeción de conciencia, como adelantábamos en el fundamento tercero, permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. Así, la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos. En atención a lo dicho, la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza *ipso facto* al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente.

En el presente caso, conforme se desprende del documento obrante a fojas 21, el recurrente pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día desde el 6 de noviembre de 1993; lo que significa que, con el transcurrir del tiempo, el recurrente incorporó a su patrimonio ideológico determinadas convicciones que se desprenden de la doctrina profesada por la Iglesia antes referida, uno de cuyos preceptos ordena el reposo durante los días sábados. Asimismo, según se observa de un documento que contiene lo señalado en la Sesión de Directorio N°. 23.-D-DPTAL-LAMB-ESSALUD-2000, de fecha 1 de diciembre de 2000, obrante a fojas 45, que si bien en dicha reunión se planteó la interrogante respecto de las razones por las cuales el demandante no registra producción laboral los días sábados, en la misma sesión se da respuesta a la disyuntiva cuando el propio di-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

rector indica que "se tiene conocimiento de que dicho profesional practica la religión adventista, cuyos integrantes toman descanso los días sábados". Es claro entonces que la emplazada tenía pleno conocimiento de la confesión religiosa del recurrente, razón por la que se puede presumir con razonable objetividad que éste fue el motivo por el que no se le programó en las jornadas laborales de los días sábados durante los años 1999 y 2000.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio. Y es que de conformidad con el artículo 7°, numeral 7.1, de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de aplicación al caso de autos, en virtud de la Primera Disposición Transitoria, numeral 2), de la misma ley, los actos de administración interna en el sector público se orientan a la eficiencia y eficacia; no habiéndose acreditado en autos si el acto ejecutado en contra del recurrente se ha orientado hacia tales principios, el Tribunal Constitucional estima que este es irrazonable y desproporcionado.

La vaga referencia a las "razones de necesidad institucional" que la emplazada formula en su contestación de la demanda parecen ser, desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes. Tampoco puede considerarse que el otorgar, en este caso, al recurrente el beneficio de la eximencia de acudir los días sábados, pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos que prestan servicios a la emplazada, toda vez que el demandado ha demostrado, a través de la documentación que obra de fojas 6 a 13, que cumple durante los días lunes a viernes con las 150 horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar. Ello, sin perjuicio de que, a diferencia probablemente de otros médicos, pueda señalarse como día laborable, si es el caso, los domingos.

De este modo, dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA :

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda; y, reformándola, declara infundada la citada excepción y **FUNDADA** la acción de amparo; ordena a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUILLERMO REY TERRY

La Constitución Política del Estado reconoce y respeta la libertad de credos religiosos existentes en la República dentro de la irrestricta libertad de conciencia y creencia consagradas en la Carta Magna.

La legislación positiva sobre relaciones laborales que, a su vez, se inspira en el concepto de libertad de trabajo como un deber y un derecho, no ampara diferencias basadas en las modalidades laborales vinculadas a creencias religiosas.

No es constitucionalmente aceptable, a juicio del suscrito, que un trabajador, cualquiera que sea su credo religioso, se ampare en este para pedir ser exceptuado de su obligación de laborar un determinado día de la semana por considerar que en ese día, de acuerdo con su fe, se encuentra proscrito el trabajo en cualquiera de sus formas.

Debe tenerse en cuenta, además, que la modalidad de trabajo solicitada por el profesional médico, en el caso específico, no se compadece, a criterio del suscrito, con

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

la tarea encomendada, cual es el cuidado de la salud afectada de los pacientes, quienes podrían requerir sus servicios precisamente en el día en que no labora.

En consecuencia, no resulta constitucionalmente compatible con la libertad de conciencia y de creencia el hecho de solicitar, basándose en estos atributos fundamentales, un trato privilegiado que comporta el hecho de no laborar un determinado día de la semana amparándose en una opción de carácter religioso, aunque pudiera completar en los otros días el total de la jornada ordinaria establecida en la legislación pertinente.

Como se afirma que el solicitante ha venido tomando descanso en un día de la semana en razón de su credo, ello no puede perennizarse alegando que ha devenido en una suerte de costumbre, porque esta –concebida por la doctrina *costumbre integrativa*– se lleva a cabo en el desarrollo eventual o al margen de la ley, pero no en forma contraria a ella, y que, sin embargo, los demás trabajadores observan cumplidamente bajo un ineludible sentido de igualdad laboral, por cuanto la costumbre, en tal caso, no es sino fuente supletoria de derecho, no pudiendo por ello anteponerse a la ley, que es fuente inmediata y primordial de derecho, y menos aún derogarla, porque según nuestra Constitución, una ley se deroga sólo por otra ley.

Finalmente, según la función directriz que orienta la gestión responsable del empleador y el principio *jus variandi* que le es inherente, este puede efectuar cambios y regularizar actividades laborales sin incurrir en discriminación alguna, en procura de alcanzar cumplidamente los objetivos establecidos en la entidad a su cargo y dentro de la observancia estricta de las regulaciones legales.

Por estas consideraciones, el suscrito estima que la petición del recurrente debe declararse **INFUNDADA.**

S.
REY TERRY

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA DELIA REVOREDO MARSANO

Como expresan mis colegas en el fundamento 3, los derechos de conciencia y de libertad de religión invocados por el demandante están vinculados a la libertad de ideas y a la libertad de creencias, respectivamente.
Opino que, en este caso, el hospital no ha prohibido al accionante ejercer su derecho de conciencia ni le ha impedido optar por la religión de su elección. Prueba de ello es que ha optado, desde hace años, por la doctrina de la Iglesia Adventista del Séptimo Día.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La exigencia laboral del hospital se refiere, exclusivamente, a que el demandante trabaje algunos días sábados por requerirlo así la salud de los pacientes y la organización interna del nosocomio.

La exigencia de trabajar algunos días sábados conforme al rol establecido, trae como consecuencia, para el demandante, que no pueda dedicar esos días al culto de su elección, que le exige reposo en esos mismos días.

Nótese que ha sido el propio demandante quien libremente decidió ser profesional médico –con todas las limitaciones que a la libertad personal y al reposo exige dicha profesión–, así como que fue él quien decidió, libremente y sin condiciones, trabajar en la entidad demandada. También, que fue el propio demandante el que optó por elegir como religión a la Adventista del Séptimo Día, con las restricciones laborales –en los días sábados– que esa religión impone.

Estamos, entonces, frente a dos necesidades de satisfacción excluyente. El Tribunal Constitucional debe decidir cuál de ellas pesa más desde el punto de vista constitucional, a fin de preferir su satisfacción.

Es razonable pensar que el demandante, al escoger la medicina como profesión, conocía de antemano los sacrificios que esa carrera implica respecto a la libertad personal y, especialmente, al reposo. También es razonable deducir que, al aceptar trabajar en un hospital, conocía que debía ceñirse a la organización laboral que imponían sus autoridades. El demandante, además, no condicionó su contratación laboral en dicho centro médico a no trabajar los días sábados. Él sí –y no la institución– sabía del impedimento religioso antes de celebrar el contrato laboral.

Por otra parte, es obvio que los pacientes no pueden elegir los días en que se enferman y es igualmente evidente que también hay necesidad de servicio médico –y generalmente más que en otros– los días sábados.

El hecho de que las autoridades anteriores permitieron al demandante no trabajar esos días, no es fundamento válido para obligar a todas las autoridades futuras del hospital a hacer lo mismo, salvo que ello constara en su contrato de trabajo, que no es el caso. El buen funcionamiento del hospital y la atención a la salud de los pacientes son valores que la ley pone por encima de autorizaciones benevolentes por razones de culto, aunque tales concesiones hayan sido reiterativas.

Debe considerarse, también, que todos los médicos que trabajan en la entidad demandada tienen iguales derechos constitucionales.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En teoría, entonces, –si se establece que un profesional tiene el derecho de no laborar ciertos días por necesidades de culto– todos los médicos de un mismo centro de salud podrían exigir no trabajar el mismo día de la semana basándose en que optaron por la misma religión. El principio de igualdad exige que estas inevitables restricciones al reposo semanal se repartan equitativamente entre todos los profesionales del hospital. Acceder a la solicitud de uno de ellos, porque busca ejercer un derecho que los demás también tendrían, implicaría la posibilidad negativa de tener que conceder igual ventaja a todos los que protegen el orden público. Más bien, se creará un desorden público, pues esta sentencia permitirá –porque a igual razón, igual derecho– que todos los que profesan la religión de la Iglesia Adventista –que son muchísimos– dejen de trabajar tanto en el sector público como en el privado, los días sábados, y, congruentemente, permitirá también que todos los trabajadores católicos de ambos sectores, público y privado –que son la mayoría–, dejen de trabajar los días domingos. Esto es inaceptable tratándose de la salud de la población, que exige ser atendida de forma inmediata e ininterrumpida. El Tribunal Constitucional debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social, que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto. Así lo reconocen la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18.°, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.° y el artículo 12.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que permiten expresamente restricciones al derecho de conciencia y de religión cuando se trata de la salud.

Mi voto, entonces, es por declarar **INFUNDADA** la demanda

S.
REVOREDO MARSANO

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Exp. N.° 2132-2003-AA/TC
Piura
JUAN ALBERTO ESCOBAR CARRILLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Sullana, a los 25 días del mes de setiembre de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO:

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Alberto Escobar Carrillo, contra la sentencia de la Sala Descentralizada Mixta de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 92, su fecha 30 de junio de 2003, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES:

Con fecha 26 de febrero de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Sullana, a fin de que se deje sin efecto el Memorando N.° 064-2003/MPS-OADM-UPER, de fecha 3 de enero de 2003, y se ordene su reposición como empleado de dicha institución, así como el pago de sus remuneraciones devengadas. Sostiene que ingresó a laborar en la entidad demandada como chofer, bajo la modalidad de servicios no personales con cargo a Proyectos de Inversión, desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2002, acumulando más de 3 años continuos de servicios; y que, según lo señalado por el artículo 1° de la Ley N.° 24041, los servidores públicos contratados que tengan más de un año ininterrumpido de servicios en labores de naturaleza permanente, no podrán ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N.° 276, y con sujeción al procedimiento establecido en él.

La emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, por considerar que al demandante no le corresponde el beneficio previsto en el artículo 1° de la Ley N.° 24041, ya que no cumple con los requisitos exigidos, pues la naturaleza jurídica de su contratación está sujeta al rubro de Proyectos de Inversión, siendo aplicable al caso el artículo 2° de dicha ley;

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

es decir, que no se requiere del procedimiento administrativo establecido por el Decreto Legislativo N.° 276, en caso de cese o destitución.

El Segundo Juzgado Especializado Civil de Sullana, con fecha 25 de marzo de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que de las pruebas ofrecidas se desprende que el demandante trabajó en la modalidad de contrato a plazo fijo; por lo que, al comunicársele el memorándum materia de la presente acción, sólo se le puso en conocimiento el término de su contrato, no vulnerándose derecho constitucional alguno.

La recurrida confirmó la apelada, estimando que el demandante no se encuentra comprendido dentro de lo dispuesto por la Ley N.° 24041, ya que sus contratos fueron siempre a plazo determinado y con cargo a Proyectos de Inversión.

FUNDAMENTOS:

1. De autos se advierte que el demandante ha acreditado, de manera indubitable, haber prestado servicios para la demandada en calidad de chofer, durante más de un año consecutivo, labor propia de las municipalidades, y de carácter permanente, conforme consta de las Resoluciones de fojas 2 a 22.

2. Por tal razón, a la fecha del cese, el accionante había adquirido la protección prescrita en el artículo 1° de la Ley N.° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador, cuyo tenor es la aplicación de la condición más beneficiosa al trabajador, y consagrado por la Constitución en su artículo 26°, inciso 3); así como en el principio de primacía de la realidad, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurriese en la práctica y lo que apareciera de los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en de los hechos.

3. Siendo así, el demandante sólo podía ser despedido por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N.° 276, por lo que la decisión de la demandada de dar por concluida la relación laboral que tenía con aquél, sin observar el procedimiento señalado en la ley mencionada, resulta violatoria de los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, reconocidos en los artículos 2°, inciso 15, 22° y 139°, inciso 3, de la Constitución Política vigente.

4. En cuanto al extremo referente al pago de las remuneraciones que dejó de percibir durante el tiempo de duró el cese, este Tribunal ha establecido que ello no procede, por cuanto la remuneración es la contraprestación por el trabajo realizado,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderle.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA:

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda; y, reformándola, la declara FUNDADA; en consecuencia, ordena que la demandada proceda a reincorporar al demandante, en su condición de contratado, en el cargo que desempeñaba al momento de la violación de sus derechos constitucionales, o en otro de igual nivel o categoría; e IMPROCEDENTE el pago de las remuneraciones que, por razón del cese, hubiese dejado de percibir, dejando a salvo su derecho de reclamarlas en la forma legal respectiva. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Selección de Jurisprudencia Constitucional en materia de estabilidad laboral y protección contra el despido arbitrario

1. **Expediente N° 1124-2001-AA/TC, Lima (11 de julio de 2001).** Sindicato Único de Trabajadores del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. Sentencia que declara la inaplicable el segundo párrafo del articulo 34 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 y ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas.

2. **Resolución aclaratoria de la sentencia con fecha 11 de julio de 2002 (Expediente N° 1124-2001-AA/TC, Lima).** Sindicato Único de Trabajadores del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A.

3. **Expediente N° 976-2001-AA/TC, Huánuco (13 de marzo de 2003).** Acción de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A. para que se deje sin efecto legal la carta notarial de despido. Sentencia que declara improcedente la demanda.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 1124-2001-AA/TC
LIMA
SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA
DEL PERÚ S.A. y FETRATEL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los once días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO:

Recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas seiscientos setenta y siete, su fecha nueve de marzo de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES:

Los recurrentes, con fecha 29 de mayo de 2000, interponen acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

Sostienen que se han vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A., dado que ésta ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito del "despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados". Acompañan como anexo una lista de setenta y siete trabajadores, alegando que ha sido elaborada por la primera accionada, en la que se encuentra una relación del personal a ser "desvinculado" de ésta.

Contestan la demanda Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. Esta última propone las excepciones de representación defectuosa e insuficien-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

te de los demandantes y de caducidad y falta de legitimidad para obrar del demandado. En cuanto al fondo de la controversia, afirman que no existe ninguna amenaza de cierta e inminente realización. La primera de las demandadas señala que no se conoce la autoría del "resumen ejecutivo", dado que es un documento sin firma, lo mismo que la relación del personal a ser "desvinculado". Indica también que, incluso suponiendo que el primer documento haya sido efectivamente elaborado por ella, sólo contiene "propuestas" y no una decisión adoptada. Agrega que, siguiendo el argumento de las demandantes, a esa fecha ya se debían haber producido los ceses y que, sin embargo, ello no ha ocurrido, quedando demostrado que el denominado "plan de despido masivo" sólo existe en la imaginación de los accionantes.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha diecisiete de julio de dos mil, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, considerando que -a partir de la copia del resumen ejecutivo, junto con la totalidad de documentos presentados por los demandantes, tales como aquellos que señalan la transferencia del personal a filiales en nuevas condiciones laborales que conllevan la pérdida de derechos de sindicalización- se demuestra la amenaza de violación a los derechos constitucionales de los accionantes.

La recurrida, confirmando en parte la apelada, declaró infundadas las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad, pero la revoca en los demás extremos, declarando fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., e improcedente la acción de amparo, considerando fundada la tacha presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra la calidad de medio probatorio del "resumen ejecutivo", indicando que, si fuese un documento que ella elaboró, se habría obtenido ilícitamente, puesto que tiene el carácter de "confidencial". Añade que en el caso concreto no está acreditada la amenaza, porque "el cese de trabajadores debió anunciarse en el mes de abril de dos mil, antes de incoarse la presente acción, hecho que no se ha contravenido en autos".

FUNDAMENTOS:

Petitorio de la demanda

1. El objeto de la demanda es que las demandadas "se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados a [sus] sindicatos, en virtud de la aplicación de un ilegal Plan de Despido masivo, contenido

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos (...), cuya inminente ejecución afecta [sus] derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a trabajar libremente, a la legítima defensa, al trabajo, a que ninguna relación pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva".

2. Si bien la demanda inicialmente se sustentaba en la amenaza de despido de los demandantes, esta circunstancia ha variado, dado que desde la fecha de inicio del presente proceso hasta la fecha se ha producido, sucesivamente, el despido de numerosos trabajadores, tal como se constata en las documentales obrantes en el cuadernillo de recurso extraordinario y respecto a lo cual las propias partes demandadas han expuesto lo que conviene a su derecho. Este despido se ha producido en sucesivas etapas, por lo que la controversia sobre la certeza e inminencia de la presunta amenaza carece de sentido. Por este motivo, no tiene objeto centrar el análisis en el resumen ejecutivo como amenaza, por lo que se procederá a evaluar el acto mismo de despido.

3. No es competencia de este Tribunal Constitucional, ni materia propia de un proceso constitucional como el amparo, analizar si el acto cuestionado se ha efectuado en términos o no de la ley correspondiente, puesto que ello constituye un asunto de mera legalidad ordinaria y, desde ese punto de vista, competencia propia de los juzgados competentes en materia laboral. Por el contrario, el asunto a dilucidarse es determinar si el acto cuestionado constituye o no un acto lesivo de derechos constitucionales, controversia que corresponde al proceso de amparo según lo establece el artículo 200.°, inciso 2), de la Constitución y el artículo 24.° de la Ley N.° 23506.

4. En vista de que sólo son revisables ante este Tribunal los extremos impugnados por la parte demandante a través del recurso extraordinario, no corresponde que este Colegiado se pronuncie respecto de las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los codemandantes, y de caducidad de la demanda, al haber sido declaradas infundadas por la sentencia de vista.

   Por otro lado, sí corresponde que se examine la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., al haberse impugnado la sentencia recurrida en el extremo que la declaró fundada. Así, este Tribunal considera que al ser planteada la demanda ante la amenaza de ce-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ses masivos de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. y en representación de éstos, no existe relación material con la empresa Telefónica Perú Holding S.A. que sustente la relación procesal entablada con ella, dado que esta última no es la entidad empleadora.

Determinación del problema planteado en la controversia

5. El problema de la presente controversia reside en determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos fundamentales alegados por los demandantes. Implica, fundamentalmente, determinar si se ha afectado: a) la libertad de sindicación y, b) el derecho al trabajo.

   Telefónica del Perú S.A.A. ha procedido al despido sobre la base de lo establecido en el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, tal como se constata en las respectivas cartas de despido. Por esta razón, este extremo de la controversia conduce a determinar si dicho dispositivo es o no compatible con la Constitución, para según ello establecer la validez o no del acto cuestionado.

Los efectos inter privatos de los derechos constitucionales

6. La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.

7. Esto mismo ha de proyectarse a las relaciones privadas entre empleador y trabajador como el caso de Telefónica del Perú S.A.A. y de los demandantes, respectivamente. Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y or-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ganización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vinculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia inter privatos de los derechos constitucionales.

Libertad sindical

8. La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28°, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

   Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.

9. De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tra-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55°, Const.).

10. El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2° del Convenio N.° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en "el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)". Por otra parte, según el artículo 1°, inciso 2), literal "b", la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también "contra todo acto que tenga por objeto" "despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)" (cursiva de la presente sentencia).

11. En el presente caso, las personas que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A., son miembros del sindicato. Resulta coincidente que las personas con las que la mencionada demandada concluyó unilateralmente la relación laboral hayan sido precisamente las que conforman tanto el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Como se aprecia, es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos. Más concretamente, en este caso, se trató de la lesión de la libertad de sindicación al haberse procedido al despido de personas que tienen la condición de afiliados a los sindicatos antes mencionados; circunstancia que implica la vulneración al citado derecho constitucional, conclusión que resulta clara cuando se tiene en cuenta el contenido de éste a partir o conforme lo establecido por el citado Convenio sobre libertad sindical.

Derecho al trabajo

12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

a. Se trata de un "mandato al legislador".
b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisible. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.
c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la res-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

titución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado "d" del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4° del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

Es extensible este razonamiento a lo establecido por el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que, aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

Control difuso en el proceso constitucional de amparo

13. La Facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3° de la Ley N.° 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N.° 23506).
b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el presente caso, se cumplen los tres presupuestos: a) el acto de despido realizado por el empleador se sustenta en la norma contenida en el citado artículo 34° (segundo párrafo); b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso debido a que los despidos tienen como fundamento el artículo 34° (segundo párrafo); y, finalmente, c) el hecho de que no es posible interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional, conforme se sostuvo líneas arriba.

En el presente caso, al haber efectuado Telefónica del Perú S.A.A los despidos de acuerdo con un dispositivo inconstitucional como el citado artículo 34°, segundo párrafo, dichos actos resultan nulos.

Tratándose de un interés colectivo el representado por las demandantes, el amparo de la demanda ha de extenderse a los afilados de los sindicatos afectados o amenazados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA: Confirmando en parte la recurrida en el extremo que declaró FUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesta; y, la REVOCA en el extremo que declaró improcedente la demanda, reformándola declara FUNDADA la acción de amparo e inaplicable el artículo 34°, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR; ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A. y dispone que dicha empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34° por su incompatibilidad con la Constitución, respecto de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

los afiliados que continúan trabajando. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución e los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 1124-2001-AA/TC
LIMA
SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A. Y FETRATEL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 16 de setiembre de 2002

VISTA:

La solicitud de nulidad presentada por Telefónica del Perú S.A.A. de la sentencia expedida por este Tribunal Constitucional en el Exp. N.° 1124-2001-AA/TC, en la que, alternativamente, se solicita la aclaración de los alcances que ésta debe tener respecto de las personas que han ejercido el derecho de recurrir al amparo constitucional, así como si este fallo alcanzará a hechos futuros o sólo a los hechos pasados; y,

ATENDIENDO A:

Que, conforme señala el artículo 45° de la Ley N°. 26435, los fallos del Tribunal Constitucional, que estimen o denieguen la pretensión, agotan la jurisdicción interna.

RESOLUCIÓN DE LA NULIDAD DEDUCIDA

1. La notificación del decreto de fecha 26 de junio de 2002, que señaló para la vista de la causa el 11 de julio del año en curso, surtió efectos legales conforme a los siguientes fundamentos:

   1.1. Aparece del cargo respectivo que dicha resolución fue notificada el 27 de junio a la demandada Telefónica del Perú S. A. A. en su domicilio ubicado en la avenida Pablo Carriquirí N.° 349, San Isidro.
   1.2. Don Jorge Balbi Calmet, apoderado judicial de la referida demandada, mediante escrito de fecha 1 de julio de 2002, reconoce haber recibido dicha notificación, la misma que devuelve afirmando que ya no ejerce la representatividad y defensa de Telefónica del Perú S.A.A.
   1.3. Sin embargo, del testimonio de escritura pública que corre de fojas 398 a 404 del expediente principal, aparece que tanto el doctor Jorge Balbi Cal-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

met como el doctor Fausto Viale Salazar, quien informó en la vista de la causa en representación de la codemandada Telefónica Perú Holding S.A., son apoderados de las compañías mencionadas.

1.4. Después de la audiencia, mediante escrito de fecha 15 de agosto del corriente, el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. expresa que "[...] habiéndose realizado la vista de la causa y estando pendiente de resolver [...]", ofrece numerosos medios probatorios.

1.5. El referido escrito y sus anexos son puestos en conocimiento de las codemandadas, por el plazo de cinco días, según resolución fechada el 16 de agosto del presente año.

1.6. Telefónica del Perú S.A.A., por escrito de fecha 26 de agosto, entregado el 27 del mismo mes y año, señala domicilio real en Av. Arequipa N.° 1155, Santa Beatriz, Lima; domicilio procesal en el Abonado N.º 4431 del Departamento de Notificaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, 4.º Piso del Palacio Nacional de Justicia, Lima, y domicilio de sus representantes procesales en la calle Roma N.° 254, San Isidro; es decir, tres domicilios.

1.7. Mediante el testimonio de escritura pública de fecha 25 de octubre de 1999, que acompaña al citado escrito, se acredita que se deja subsistentes los poderes otorgados anteriormente a terceros para que ejerzan la representación judicial y administrativa de Telefónica del Perú S.A.A., por lo que no cesó la representación judicial de don Jorge Balbi Calmet, conforme al artículo 78° del Código Procesal Civil.

1.8. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional publicó en El Peruano de fecha 6 julio de 2002, la relación de causas a ser vistas en la audiencia pública de 11 de julio del mismo año, entre las cuales se incluyó la vista asignada con el N.° 1124-2001-AA/TC, materia de este proceso.

1.9. Consecuentemente, la codemandada Telefónica del Perú S.A.A. tuvo conocimiento oportuno de la mencionada audiencia pública.

1.10. Conforme al artículo 63º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.° 26435, es de aplicación a este proceso el artículo 172º del Código Procesal Civil y, por lo tanto, tratándose de vicios que no se advierten en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución, y cuando el pedido de nulidad no es formulado en la primera oportunidad en la cual la parte supuestamente afectada tuvo para hacerlo.

1.11. Por último, el pedido de nulidad, por lo demás extemporáneo, es, procesal y lógicamente, contradictorio con el pedido de aclaración de la sentencia expedida por este Colegiado, con fecha 11 de julio de 2002, día en que se vio y quedó al voto la causa, valorando los instrumentos y alegatos de las partes posteriores a esa fecha y en uso de la facultad que le confiere el artícu-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

lo 57° de su Ley Orgánica y el artículo 197° del Código Procesal Civil.

PEDIDO DE ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002

2. Sin perjuicio de ello, y sobre el fondo de lo resuelto por este Tribunal, debe señalarse que un Estado Constitucional de Derecho no tolera ni la arbitrariedad, como modo de comportamiento realizado al margen del ordenamiento jurídico, ni tampoco la idea de que, en su seno, existan o puedan existir derechos absolutos; éste es el contexto dentro del cual se dictó la sentencia cuya nulidad y aclaración se han solicitado.

   2.1. La interpretación de la normatividad constitucional está hecha por este Colegiado sobre la base del conjunto de sus disposiciones, a partir de la declaración contenida en el artículo 1° de la Carta Política vigente, que literalmente expresa: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".
   2.2. La sentencia se ajusta a las disposiciones de los artículos 1°, 6°, incisos 1) y 2), 7°, inciso d; 8°, inciso 1-a, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), aprobado por Resolución Legislativa N.° 26448, por cuanto garantizan el derecho al trabajo, la "estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación.
   2.3. La sentencia está expedida con arreglo al Convenio N.° 87, OIT, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, aprobado por Resolución Legislativa N° 13281, y al Convenio N.° 98, OIT, relativo a los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, aprobado por Resolución Legislativa N° 14712.

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN CUESTIÓN

   2.4. El Tribunal Constitucional, a través de su sentencia de fecha 11 de julio del 2002, ha considerado que Telefónica del Perú S.A.A. ha vulnerado los derechos constitucionales de los trabajadores previstos en el inciso 1) del artículo 28.° y el artículo 22° de la Constitución.

   En el primer caso, la libertad sindical se ha visto afectada en razón de la existencia de evidencia profusa, en el sentido de que los despidos masivos de trabajadores han estado orientados a extinguir los contratos de trabajo de los afiliados a las organizaciones sindicales demandantes. Por consiguiente, tal

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

como lo dispone el artículo 29.° del Decreto Legislativo N.° 728, dichos despidos son nulos y no tienen fuerza ni efectos legales de ninguna especie; es decir, generan que la vía jurisdiccional ordene la reposición de los demandantes afectados.

En el segundo caso, el derecho al trabajo se ha visto afectado dado que no puede despedirse a una persona que ya goza de ese derecho sin previa y formal expresión de causa. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido como contrario a la propia Constitución –por tanto, afectada de nulidad plena– la facultad prevista ab initio del artículo 34.° del Decreto Legislativo N.° 728, que habilitaba al empleador a extinguir un contrato de trabajo sin motivar dicha decisión.
En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha declarado inaplicable por inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34.°, en la parte anteriormente anotada.

EL AMPARO JURISDICCIONAL DE LA DEMANDA

2.5. La sentencia del Tribunal Constitucional ha declarado fundada la acción de amparo e inaplicable el segundo párrafo del artículo 34.° del Decreto Legislativo N.° 728 en la parte referida a la invalidez constitucional del despido masivo e incausado; ha dispuesto la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes, y ordenado la abstención en el futuro de la aplicación del citado artículo dentro del contexto anotado.
Dichos mandatos se encuentran inescindible y específicamente vinculados con los siguientes hechos:

a. Telefónica del Perú S.A.A. ha venido utilizando el artículo 34.° del Decreto Legislativo N.° 728, que en su conjunto está referido a la extinción individual de los contratos de trabajo, para practicar lo que la doctrina califica como "perversamente" ceses colectivos "escalonados".
El Tribunal Constitucional considera que el artículo 46.° del Decreto Legislativo N.° 728 es compatible con la Constitución, y que, por ende, las situaciones empresariales vinculadas con la fuerza mayor y el caso fortuito; los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación, por quiebra; y la reestructuración empresarial, son actos plenamente constitucionales a condición de que éstos se practiquen de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos por ley.
Por consiguiente, el Tribunal ampara la demanda formulada por el Sindi-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. (SUTC) y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL), ya que contra sus afiliados se han practicado ceses masivos de trabajadores utilizando la vía destinada a la extinción individual de contratos de trabajo. Tal acción practicada por la empresa demandante es cuestionable y amparable por la vía de una acción de garantía, en razón de haberse desnaturalizado en los hechos la naturaleza, causas y efectos sociales de un despido colectivo por causas objetivas, los mismos que son plenamente distintos a los previstos por razones de conducta o capacidad del trabajador.

b. Telefónica del Perú S.A.A. ha efectuado la extinción de contratos de trabajo al amparo del artículo 34.°, ab initio, del Decreto Legislativo N.° 728 sin motivar la causa del despido; hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional por las razones expuestas en los considerandos de su sentencia y por la presente aclaración solicitada por la parte demandante.

LOS ALCANCES SUBJETIVOS DE LA SENTENCIA

2.6. El Tribunal Constitucional, a través de su sentencia, dispone la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas al Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. (SUTC) y a la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL).

Dicha disposición de reincorporación alcanza a todos los afiliados de los referidos sindicatos que, entre el período comprendido entre el 29 de mayo de 2000 (fecha de la interposición de la demanda) y el 11 de julio de 2002 (fecha de expedición de la sentencia) se hubiesen encontrado laborando para Telefónica del Perú S.A.A. y hayan sido objeto de una extinción unilateral sin causa de su correspondiente contrato de trabajo.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia, ha ordenado que Telefónica del Perú se abstenga en el futuro de continuar efectuando ceses colectivos encubiertos de trabajadores al amparo del segundo párrafo del artículo 34.° del Decreto Legislativo N.° 728, así como de efectuar ceses individuales sin expresión motivada de causal prevista en los artículos 23°, 24° y 25° del referido Decreto Legislativo, los cuales hacen referencia a la causalidad de despido por razones de capacidad o conducta del trabajador.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

LOS LÍMITES O EFECTOS DERIVADOS DE LA INAPLICACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 34° DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728

2.7. La inaplicación del segundo párrafo del artículo 34.° del Decreto Legislativo N.° 728, en concreto, está referida a la inconstitucional atribución conferida por el legislador ordinario para practicar despidos individuales sin expresión de causa.
La inaplicación establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 11 de julio de 2002, sólo tiene efectos para las partes vinculadas al Expediente N.° 1124-2001-AA/TC.

EL PRECEDENTE VINCULATORIO

2.8. Tal como lo dispone la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los jueces y tribunales de la República deberán interpretar y aplicar los alcances del Decreto Legislativo N.° 728 de conformidad con lo expuesto y resuelto en la sentencia de fecha 11 de julio de 2002, siempre que se reproduzcan los hechos y circunstancias generadas en la controversia establecida entre las partes litigantes en el Expediente N.° 1124-2001-AA/TC., con arreglo al artículo 5.° de la Ley N.° 25398.

2.9. En cuanto al pedido "alternativo" de aclaración, el Tribunal Constitucional señala que, según el artículo 1° de la Ley N°. 23506, el objeto del amparo es volver las cosas al estado anterior al momento de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. En el marco del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y, particularmente, dentro del proceso del amparo, este Colegiado no se pronuncia sobre hechos futuros, aún no realizados, hipotéticos, abstractos o meramente teóricos. El Tribunal no tiene funciones consultivas, sino estrictamente jurisdiccionales. Por tanto, sólo cabe expedir un pronunciamiento de fondo sobre hechos o actos a los cuales se reputa, directa o indirectamente, la lesión de derechos constitucionales y con motivo de su conocimiento por este Tribunal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

RESUELVE:

Declarar **INADMISIBLE** la solicitud de nulidad planteada y atenerse a lo resuelto por la sentencia y la presente aclaración que forma parte de ella. Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial El Peruano.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 976-2001-AA/TC
HUANUCO
EUSEBIO LLANOS HUASCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de marzo del 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO:

Recuso extraordinario interpuesto por don Eusebio Llanos Huasco contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Huanuco Pasco de fecha 14 de Agosto del 2001 que, confirmando la apelada, declara infundadas las defensas previas y excepción de incompetencia formuladas por la demandada así como infundada la demanda interpuesta.

ANTECEDENTES:

Con fecha 18-04-2001, don Eusebio Llanos Huasco interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 16-02-2001, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, por la que solicita su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta antes del 21-02-2001.

Especifica el demandante que ha laborado en la empresa Telefónica del Perú desde Marzo de 1981 hasta el 21-02-2001, fecha en la que se le impidió ingresar a su centro de trabajo. Durante dicho periodo nunca ha tenido problemas con la empresa demandada, ni tampoco ha sido sancionado administrativamente por algún hecho; por el contrario, ha sido un trabajador eficiente y responsable, habiendo obtenido incluso el reconocimiento de la empresa como uno de los más sobresalientes trabajadores, como lo acredita mediante instrumentales que adjunta. No obstante, señala que la demandada le ha cursado la antes citada Carta Notarial, mediante la que le comunica que ha decidido dar por concluido su contrato de trabajo, por haber incurrido en supuestas faltas graves contempladas en los literales a), c) y d) del Artículo 25° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por D.S. N° 003-97-TR, tales como: a) haber brinda-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

do información falsa presentando documentos sobre valuados; b) quebrantar la buena fe laboral al hacer mal uso de la confianza depositada generando un documento en complicidad con el propietario del Hostal Latino de Tingo María; c) presentar documentos sobre valuados para conseguir beneficios personales con la intención de causar daño a la empresa, y d) perjudicar económicamente a la empresa; imputaciones todas estas que se le han hecho en base a un supuesto informe u oficio remitido por el propietario del citado Hostal Latino donde se indica que a solicitud del demandante, se habría sobre valuado la Factura N.° 009641 por el importe de S/. 300.00 Nuevos Soles. Sostiene que dichos cargos enervados mediante las comunicaciones que cursó con fechas 21-12-2000 y 05-02-2001, en las que desvirtúa las afirmaciones hechas por la demandada; incluso el mismo accionante, con fecha 15-02-2001, ha cursado carta notarial al propietario del Hostal Latino, a fin de que dicha persona rectificara el informe falso y malicioso que se curso al Jefe Zonal de Huancayo con fecha 17-01-2001 (sic), no obstante lo cual hasta la fecha no se ha dado respuesta a su comunicación. Agrega que se le ha perjudicado como represalia por haber interpuesto a la misma demandada, una acción judicial sobre reconocimiento de años de servicios y pago de remuneraciones insolutas, la misma que actualmente se encuentra en trámite y donde a nivel de primera instancia ha obtenido resolución favorable a su pretensión.

Telefónica del Perú S.A. solicita se declare inadmisible o infundada la pretensión. Especifica que la acción debe rechazarse de plano porque la violación alegada se ha convertido en irreparable al haberse despedido al demandante de acuerdo a ley; en todo caso, la reposición no procede sino en los supuestos de despidos nulos, lo que no sucede en el presente caso. Agrega, además, que la presente vía, por su carencia de etapa probatoria, no resulta la idónea, sino la vía laboral, motivo por lo que deduce la excepción de incompetencia. Por último, y en cuanto al fondo, precisa que no se ha vulnerado los derechos constitucionales reclamados, habida cuenta que su despido se ha producido tras haberse comprobado la existencia de una falta grave, frente a la cual el demandante ha hecho uso de su derecho de defensa.

El Segundo Juzgado Mixto de Huánuco, con fecha 13-06-2001, a fojas 151 a 159, declara infundadas las defensas previas y la excepción de incompetencia, e infundada la demanda, por considerar que resulta imposible reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho invocado, por cuanto el demandante fue despedido en aplicación de la ley y conforme a la misma se le dio el derecho a efectuar sus descargos. Por otra parte, las faltas imputables al actor están previstas en la ley, por lo que el empleador ha procedido a aplicar la misma;

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

en todo caso, para discutir dicha controversia se requiere de estación probatoria de la cual carece el amparo. Finalmente el Artículo 27° de la Constitución, no supone la posibilidad de que se reponga al trabajador.

La recurrida confirmó la apelada, fundamentalmente por considerar que el demandante ha sido debidamente informado de los cargos formulados en su contra, los que además se encuentran tipificados en la ley, por lo que no se ha vulnerado sus derechos constitucionales.

FUNDAMENTOS:

I. Petitorio

1. Conforme aparece en el petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 16 de febrero de 2001, por considerar que se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo. En consecuencia, solicita que se ordene su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta antes del 21 de febrero de 2001.

2. La demandada ha sostenido, en su escrito de contestación de la demanda, que el amparo no sería la vía adecuada para resolver la controversia, pues la reposición sólo procede en el caso de los despidos nulos, lo que no es el caso, pues se despidió al actor por la comisión de falta grave. Señala, asimismo, que la vía del amparo no es la idónea, pues la controversia es de naturaleza laboral y el amparo no tiene estación probatoria.

II. El carácter alternativo del amparo

3. Independientemente que este Tribunal Constitucional vaya a pronunciarse más adelante sobre el primer aspecto que se ha cuestionado, es importante señalar que el Colegiado no comparte el criterio según el cual el proceso de amparo no sería la vía idónea para resolver la presente controversia, sino, únicamente, el proceso laboral.

Sobre el particular, el Tribunal debe recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el afectado en sus derechos constitucionales laborales no está obligado a acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias, y sólo si en ellas no se hubiera obtenido una tutela judicial adecuada, acudir al amparo. En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales.

Al contrario, nuestra legislación (inciso 3° del artículo 6° de la Ley N.° 23506) condena con la desestimación de la demanda si es que antes de acudir a la acción de amparo, el justiciable optó por la vía ordinaria. Lo que significa que, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos, como el argentino o el español, en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, "alternativo", es decir, al que se *puede* acudir no bien se culmina con agotar la vía previa, y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución.

Tal carácter alternativo del amparo nada tiene que ver con el hecho de que dicho instituto carezca de estación probatoria (lo que no implica impedimento alguno para actuar medios de prueba), ya que mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado.

De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro [*El sistema del derecho de amparo,* Editorial Porrúa, México 1992, Pág. 169] "en el (...) amparo hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador".

Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses "subjetivos" contrapuestos entre partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación "tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores" [BverfGE, 82, 30 (38-39)].

La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso. En ese sentido, teniendo en cuenta que en el presente caso se ha alegado la violación de un derecho constitucional, el Tribunal Constitucional es competente para entrar al fondo de la controversia.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

III. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales y el Amparo contra particulares

4. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, un particular cuestiona que otro particular, Telefónica del Perú S.A., afecte sus derechos constitucionales. Tal controversia, si desde una perspectiva laboral podría caracterizarse como un conflicto que involucra a un trabajador con su empleador; desde una perspectiva constitucional, en su versión sustantiva, se encuadra en la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y, en su versión procesal, en la procedencia o no del denominado "amparo entre particulares".

A) Eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre privados

5. Desde una perspectiva histórica, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos. De esta forma, los derechos y libertades fundamentales tenían al individuo por sujeto activo, y únicamente al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que ellos tenían por objeto reconocer y proteger ámbitos de libertad o exigir prestaciones que los órganos públicos debían otorgar o facilitar.

Por su propia naturaleza de "derechos públicos subjetivos", tales facultades no se extendían al ámbito de las relaciones privadas, pues se concebía que era inadmisible que entre privados se presentaran abusos o relaciones asimétricas, en razón a que dichas articulaciones, teóricamente, se realizaban en condiciones plenas de libertad e igualdad, que sólo el Estado podía poner en cuestión.

Tal concepción se tradujo en considerar a la Constitución sólo como un documento normativo a partir del cual se regulaban las relaciones entre los individuos y el Estado, en tanto que las relaciones entre privados -en principio, libres e iguales- debía realizarse a través del Código Civil, que de esta manera era presentado como el estatuto jurídico fundamental de los particulares. Como eufemísticamente lo ha señalado Konrad Hesse [Derecho Constitucional y Derecho Privado, Editorial Civitas, Madrid 1995, Pág. 37], el Código Civil se convertía, así, en el "auténtico baluarte de la libertad".

Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un status negativus,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, "en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social." [STC de España 53/1985, Fund. Jur. N°. 4].

Y es que, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo, en el cual se encuentra la más importante consolidación de la fuerza de validez de aquellos. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso [BverfGE 7, 204 y ss].

Ello significa que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

Este especial deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares.

Como se ha dicho, esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1° de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" .

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Se trata, además, de una consecuencia que se deriva, en todos sus alcances, del propio artículo 38° de la Constitución, según el cual "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Con dicho precepto constitucional se establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares con el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. De manera que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza reguladora de las relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional.

En suma, pues, los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico, -incluidos los referidos a la materia laboral- pues ellos forman parte esencial del orden público constitucional.

B) La eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales

6. Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones inter privatos cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.
Como expresó la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en 1957, en el Leanding Case Angel Siri: "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos (...) esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, latu sensu, carezca de la protección constitucional adecuada (...) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos (...)

Aún menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. (...)

Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados".

7. En cambio, se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia indirecta cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones inter privatos, sino que tal eficacia se materializa mediatamente a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Tal teoría de la eficacia de los derechos fundamentales matiza la incidencia de éstos en el ámbito del derecho privado, filtrándolos a través de las normas propias de cada sector del ordenamiento (civil, laboral, etc.).

Desde esta perspectiva, un problema entre privados en materia de derechos fundamentales no es resoluble, en principio, mediante los procesos de la justicia constitucional de la libertad, sino a través de los que existen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior no quiere decir que tales problemas no puedan ser resueltos en algún momento a través del amparo, sino que, para que ello suceda, es precisa la mediación del juez ordinario, a quien por ficción, en caso de no dispensar una tutela adecuada, se le termina imputando la lesión de los derechos constitucionales. Como puede observarse, tal construcción en torno a la eficacia indirecta de los derechos se realiza en un marco donde es difícil salirse del esquema de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de modo que mientras no exista acto estatal que se interponga, no es posible que mediante el amparo se pueda resolver este tipo de problemas.

Así sucede en España y en Alemania, países donde sus tribunales constitucionales, por disposición de sus leyes que los regulan, han proclamado que los derechos sólo pueden tener una eficacia indirecta o mediata entre particulares, por lo que a través del recurso de queja constitucional o del amparo no es posible que sean tutelados directamente [Alexei Julio Estrada, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

fundamentales", en Miguel Carbonell, Compilador, Teoría constitucional y derechos fundamentales, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F. 2002, Pág. 203 y ss.].

También es el caso de los Estados Unidos de Norteamerica, cuya Corte Suprema, pese a los serios reparos que se la ha hecho, se ha negado ha efectuar un control de constitucionalidad directo de los actos imputables a los particulares, entre tanto no exista una state action. De esa forma, los derechos reconocidos en la sucesivas enmiendas al texto constitucional, se han comprendido como que sólo vinculan al Estado y no pueden invocarse si no es en presencia de una acción estatal presuntamente ilícita. [Juan María Bilbao Ubillos, Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana), McGraw-Hill, Madrid 1997].

C) El Amparo contra particulares y la eficacia directa (e indirecta) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en nuestro ordenamiento

8. En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la Norma Suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico N.° 6° de esta sentencia, y, además, del inciso 2) del artículo 200°, donde se preceptúa que "la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier (...) persona".

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privatos y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.

Evidentemente, tal cosa no quiere decir que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo con-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos constitucionales.

De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

9. Sin embargo, que problemas constitucionales de esta naturaleza puedan resolverse en el ámbito de la justicia constitucional de la libertad, no excluye que también puedan plantearse y resolverse en el ámbito de la justicia ordinaria. Es decir, que los derechos fundamentales también puedan tener una eficacia indirecta.

Si, como antes se ha indicado, los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, quiere ello decir que éstos tienen la capacidad de irradiarse por todo el ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben de interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales.

Esta hipótesis, es decir, que problemas relativos a derechos fundamentales entre particulares pueda resolverse en sede de la justicia ordinaria, es también una lectura que se deriva implícitamente del inciso 3) del artículo 6° de la Ley N°. 23506, al señalar que el afectado en sus derechos constitucionales puede optar por recurrir o bien a la justicia constitucional o bien a la justicia ordinaria, con la condición de que si acude a esta última, con posterioridad ya no podrá utilizar la acción de amparo.

En definitiva, ello significa que en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta. Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria.
La diferencia entre uno y otro sistema de protección jurisdiccional de los derechos es que ambos no siempre tienen la misma finalidad y, por tanto,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

los alcances de su protección pueden ser distintos. Aparte, desde luego, de las necesarias limitaciones a los que está sujeto el amparo en relación con los demás procesos ordinarios (Vg. la inexistencia de estación probatoria, etc.). De ahí que, como en innumerables oportunidades lo ha advertido este Tribunal, para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional.

De esta situación, por cierto, no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar.

Por ello, este Tribunal Constitucional no comparte el criterio sostenido por la demandada según el cual el amparo no es la vía idónea para resolver esta controversia, pese a haberse alegado la violación de un derecho constitucional, pues el ordenamiento ha previsto que tal tipo de problemas pueden (o deben) resolverse mediante los procesos laborales. Como se ha indicado, un problema de la naturaleza que ahora tiene que resolver el Tribunal bien puede resolverse o a través del amparo, con las limitaciones que le son propias, o mediante los procesos ordinarios, con las notas que son propias de la protección jurisdiccional ordinaria.

IV. Los alcances del Derecho Constitucional reconocido en el artículo 27° de la Constitución

10. La demandada ha alegado que la pretensión del recurrente, esto es, que se ordene su reposición, es inadmisible, toda vez que éste fue despedido en aplicación de lo dispuesto por el artículo 24 y siguientes de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que guarda concordancia con el artículo 27 de la Constitución Política del Perú.

11. El artículo 27 de la Constitución prescribe: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Mediante dicho precepto constitu-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente". Sólo reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario.

El referido artículo no indica en qué términos ha de entenderse esa "protección adecuada". En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27 constitucional no establece los términos en que debe entenderse la "protección adecuada" y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un "derecho constitucional de configuración legal".

Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".

Ante la diversidad de las formas cómo el legislador nacional puede desarrollar el contenido del derecho en referencia, para lo que goza un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este Tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado a través de un régimen de carácter "sustantivo" y , por otro, con un régimen de carácter "procesal":

12. a) Según la primera, en su dimensión sustantiva, esto es, aquella que atañe al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución, el legislador puede adoptar, entre otras fórmulas intermedias, por las siguientes:

a.1) Protección "preventiva" del despido arbitrario

Según este modo posible de desarrollo legislativo del artículo 27 de la Constitución, el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se "prevenga", "evite" o "impida" que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Es decir, que mediante ley

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Recibe la calificación de preventiva debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo N°. 276.

A su vez, en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°. 728, aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR, esta protección "preventiva" se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha ley –inspirado, a su vez, en el artículo 7° del Convenio N°. 158 de la Organización Internacional del Trabajo-, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido y otorgardo un plazo no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos, salvo el caso de falta grave flagrante. Al respecto este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente N°. 976-96-AA/TC, estableció que la omisión del procedimiento previo de defensa del trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso, por lo que procedió ha amparar el derecho lesionado ordenando la reposición del recurrente. En el mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias recaídas en los expedientes Nos. 1112-98-AA/TC; 970-96-AA/TC, 795-98-AA/TC, 482-99-AA/TC, 019-98-AA/TC, 712-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC.

a.2) Protección "reparadora" contra el despido arbitrario

Según este segundo criterio, el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualesquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización.

Así lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en el caso Ramírez Alzamora (STC recaída en el Expediente N.° 0532-2001-AA/TC), donde declaró infundada la demanda planteada como consecuencia de un despido arbitrario, pues previamente el demandante aceptó el pago de sus beneficios sociales y la indemnización por el despido. En aquella ocasión, este Tribunal señaló lo siguiente: "De fojas cincuenta y cuatro a cincuenta y cinco obra la liquidación por tiempo de servicios debidamente suscrita por el demandante, en la que se consigna el pago de la indemnización por despido arbitrario y demás beneficios sociales que establece la normativa laboral; lo que acredita que quedó extinguida la relación laboral entre las partes, conforme lo ha establecido este Tribunal a través de uniforme y reiterada jurisprudencia".

Este es, por cierto, el régimen legal que ha sido adoptado por el legislador tratándose de trabajadores sujetos a la actividad privada. Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N.° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador -vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional.

13. b) Sin embargo, el establecimiento de un régimen "sustantivo" de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter "procesal".

Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente.

b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido "nulo") en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°. 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.

Se trata de un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario que tiene una eficacia resarcitoria y, como tal, se trata de un derecho que el ordenamiento reconoce al trabajador, tal como se desprende, por lo demás, de la propia ubicación estructural asignada al artículo 34 dentro del Decreto Legislativo N°. 728.

b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional.

Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N°. 23506, "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional".

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

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

> Y es que, en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan sólo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio en perjuicio de un trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición.

14. Por todo lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N°. 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud.

    Además, como antes se ha dicho, en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido.

    Por ello, el Tribunal Constitucional no puede compartir la tesis de la demandada, según la cual en el amparo no cabe ordenarse la restitución del trabajador despedido arbitrariamente, sino únicamente ordenarse el pago de una indemnización. Tal postura, en torno a las implicancias del artículo 27 de la Constitución, desde luego, soslaya el régimen procesal que también cabe comprender dentro de dicha cláusula constitucional y que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente.

15. De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

a) **Despido nulo**

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo N.° 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución.

Se produce el denominado despido nulo, cuando:

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

b) **Despido incausado**

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.° 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la Constitución y demás conexos.
Se produce el denominado despido incausado, cuando:

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

c) **Despido fraudulento**

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.° 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que "El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22° y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica...". (Fun. Jur. N°. 6).

Esos efectos restitutorios obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22°, 103° e inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.° 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas".
  En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.

16. En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.
    Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

V. DESPIDO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL

17. Evidentemente, cualquiera sea la opción que adopte un trabajador con el fin de obtener una "protección adecuada" contra el despido arbitrario, ésta parte de una consideración previa e ineludible. El despido arbitrario, por ser precisamente "arbitrario", es repulsivo al ordenamiento jurídico.

    No es este el lugar donde el Tribunal Constitucional deba de indicar que el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200° de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia.

    Por ello, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que, contra el despido arbitrario, la ley dispensará una "protección adecuada", tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente, como parece entenderlo la demandante. Al amparo de un acto arbitrario, como el despido inmotivado, no puede reclamarse el reconocimiento de derecho constitucional alguno. Simplemente el ordenamiento sanciona la realización de actos arbitrarios, aunque, como se ha visto, esa sanción al despido arbitrario pueda tener, en determinadas circunstancias, tanto una protección de eficacia restitutoria como de eficacia resarcitoria.

18. Manuel Alonso García [Curso de Derecho del Trabajo, Editorial Ariel, Madrid 1981, Pág. 559.] define el despido como "el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual, éste, decide poner fin a la relación de Trabajo".

    Ante la proclividad del ejercicio abusivo de la facultad de despedir, el derecho ha impuesto a esta institución la exigencia de la causalidad. Así, cuando la extinción unilateral del vínculo laboral no se funda en una causa justa previamente establecida en la ley, los órganos jurisdiccionales tienen competencia para calificar el despido como justificado o injustificado.

19. En ese orden de ideas, el artículo 22° del Decreto Legislativo N.° 728 establece las situaciones en donde se considera la existencia de causa justa de despido. Entre las causas relativas a la capacidad del trabajador aparecen el detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida; el rendimiento deficiente; la negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos o a cumplir la medidas profilácticas o curativas prescritas. Entre las causas

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

iencia grave, indisciplina, injuria o faltamiento de palabra grave; el sabotaje; el abandono de trabajo; las inasistencias injustificadas e impuntualidad reiterada; la condena penal por delito doloso, la inhabilitación para el ejercicio de una actividad; etc.

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

El Tribunal Constitucional estima que frente al despido arbitrario, en función a sus competencias y responsabilidades, le cabe determinar la existencia o inexistencia de respeto al orden constitucional. Y en esa perspectiva –ya sea por defecto de las normas infraconstitucionales o por las conductas de los sujetos de una relación laboral-, si se ha producido el respeto o la afectación de los derechos fundamentales allí consagrados.

20. Por tal motivo, este Colegiado cumple con precisar las consecuencias que se deriven de la pluralidad de acciones anteriormente descritas.

El Tribunal Constitucional estima que 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.

Como señala Carlos Blancas Bustamante [El despido en el Derecho Laboral Peruano, Ara Editores, Lima, 2002, Pág. 282] , en criterio que este Tribunal

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

comparte, la afirmación de tales derechos en el ámbito laboral supone el " superar la noción tradicional según la cual el contrato de trabajo acotaba a favor del empleador una < zona franca y segregada de la sociedad civil > en la que los derechos civiles y libertades del trabajador quedaban en la < puerta de la fábrica > careciendo, por consiguiente, de relevancia en la vida de la relación de trabajo ".

La pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos, deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad de empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.

En este singular caso, la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51° de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.

En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, 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 consumar.

Ese es el sentido de la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional desde la sentencia del 2 de octubre de 1995 (Caso Pucalá, Expediente N.° 2004-94-AA/TC, Lambayeque), en resguardo de los derechos fundamentales de la persona frente a actos de despido constitucionalmente arbitrarios. Allí se ordenó la reposición de un trabajador separado de la Cooperativa Agraria Pucalá, en atención a la necesidad de defender los contenidos establecidos en el artículo 22° y conexos de la Constitución. De los mismos alcances es la sentencia del 21 de enero de 1999 (Caso Cossío, Expediente N.° 1112-98-AA/TC), en donde expresamente

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

se señaló que "este Tribunal no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos en el artículo 67° del Texto Único de la Ley de Fomento del Empleo, D.S. N.° 05-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o la indemnización, sino la evaluación de un acto, el despido, que, eventualmente, resulte lesivo de los derechos fundamentales: Por tanto, de verificarse este extremo, ineludiblemente deberá pronunciar su sentencia conforme al efecto restitutorio propio de las acciones de garantía, tal cual lo prescribe el artículo 1° de la Ley N.° 23506". [Debe advertirse que similar criterio fue expuesto en la sentencia de fecha 22 de julio de 1999 (Caso Ordoñez Huatuco, Expediente N.° 482-99-AA/TC)].

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

21. Así las cosas, este Tribunal Constitucional es competente, ratione materiae, para evaluar la controversia que se le ha sometido mediante el recurso extraordinario.

El recurrente ha sostenido que su despido se originó a raíz de la comunicación dirigida por el propietario del Hostal "Latino" a la demandada, mediante la cual le informo que la sobrevaloración del monto de la Factura N.° 009641, por concepto de alojamiento del recurrente, se debió a su propia solicitud y exigencia.

La demandante alega que esta falta grave constituye un motivo para terminar la relación de trabajo con el recurrente. Por su parte, éste sostiene que es falso que se haya alterado el importe real de la factura a la que antes se ha hecho referencia, y que afirmándose tal hecho se ha violado su derecho al honor y a la buena reputación.

Con el objeto de acreditar esta última situación, el actor ha adjuntado copia simple de un acta de comparendo seguido con el propietario del Hostal Latino, donde se aprobó la conciliación entre ambas partes, y en donde además consta la afirmación de don Nolberto Gutiérrez Vargas en el sentido de que el monto pagado por el recurrente, por concepto de alojamiento y otros servicios, es el que está consignado en la factura N°. 009641.

Con el objeto de justificar el despido efectuado, en fecha posterior a la vista de la causa –realizada el 21 de agosto de 2001- y después de que se expidiera la sentencia recaída en el Exp. N.° 1001-2002-A/TC, la demandada,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

con fecha 25 de noviembre de 2002, ha presentado ante este Tribunal copia simple de la comunicación enviada por el gerente del Hostal Latino, de fecha 16 de enero de 2001, donde se informa la razón de la sobrevaloración de la factura N.° 009641, en la que se afirma, literalmente, que "la explicación a la diferencia real o sobrevaloración de los gastos se debe a la solicitud y exigencia de dichos señores, quienes indicaron la cantidad que debía ponerse de lo contrario se hospedarían en otro hotel".

Aunque este caso sea similar, en los hechos, al que resolvió este Tribunal con la sentencia recaída en el Exp. N°. 1001-2002-AA/TC, es de advertir que, por las especiales circunstancias que se han derivado de la presentación de los documentos a los que en el párrafo anterior se ha hecho referencia, la dilucidación de la controversia requiere de medios de prueba adicionales que no se pueden actuar en este proceso, que carece de estación probatoria, por lo que al desestimarse la pretensión, debe dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer conforme a ley.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA:

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda. REFORMÁNDOLA declara IMPROCEDENTE la Acción de Amparo interpuesta. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.
ALVA ORLANDINI,
BARDELLI LARTIRIGOYEN,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GONZALES OJEDA,
GARCIA TOMA.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Selección de Jurisprudencia Constitucional en materia previsional

1. **Expediente N° 007-96-I/TC, Lima (23 de abril de 1997)**
   Sentencia que declara la inconstitucionalidad del artículo 10° del Decreto Ley N° 25967 que modifica el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS)

2. **Expediente N° 008-96-I/TC, Lima (23 de abril de 1997)**
   Sentencia que declara la inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo N° 817 Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado.

3. **Expediente N° 403-2000-AA/TC, Puno (6 de agosto de 2002)**
   Acción de amparo seguida por Victoria Yupanqui mendoza contra el Director Regional de Educación de la Región Moquegua-Tacna-Puno para que se le incorpore al régimen del Decreto Ley N° 20530. Sentencia que ordena su incorporación a dicho régimen.

4. **Expediente N° 156-2001-AA/TC, Lima (6 de agosto de 2002)**
   Acción de amparo seguida por Rosa Carmen Pantoja de Farro contra el Ministerio de Salud, el Instituto de Salud del Niño y la Oficina deNormalización Previsional (ONP), sentencia que declara no aplicables a la demandante las resoluciones Nos. 01039-98/98/ONP-Dc y 4233-1999/Onp-GO, y ordena que el Ministerio de Salud expida resolución de incorporación al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

5. **Expedientes Nos. 005-2002-AI/TC, N° 006-2002-AI/TC y 008-2002-AI/TC Lima (10 de marzo de 2003)**
   Sentencia que declara la inconstitucionalidad del artículo 6°, numeral 6.1 de la Ley N° 27617 que modifica diversos artículos de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, así como la normatividad aplicable al Sistema Privado de Pensiones.

6. **Expediente N° 189-2002-AA/TC, Lima (18 de junio de 2003)**
   Acción de amparo seguida por Carlos Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Sentencia que declara inaplicable al demandante la Resolución SBS N° 220-93 debiendo la demandada reanudar el pago de la pensión de cesantía nivelable del demandante de acuerdo al régimen del Decreto Ley N° 20530.

7. **Expediente N° 002-2003-AI/TC, Lima (27 de junio de 2003)**
   Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley N° 27617 que reestructuró los diversos regímenes de pensiones.

Selección a cargo del Dr. Fernando García Granara

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

S-326

Aunque se trata de una simple acotación tangencial realizada por los demandantes, el Tribunal Constitucional considera necesario pronunciarse sobre este extremo.

El D.L. N° 25967, fue expedido el doce de diciembre de mil novecientos noventidós, por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; por tal razón, los demandantes lo acusan de presentar "una grave inconstitucionalidad congénita", por cuanto no ha sido promulgada por un Congreso regular y constitucional. Además, señalan que el D.L. en análisis contraviene "no sólo nuestro ordenamiento legal vigente, sino que también violentó el ordenamiento constitucional vigente al momento de promulgarse la citada norma", esto es, la Constitución de 1979.

Posteriormente, el Congreso Constituyente Democrático expidió la Ley del nueve de enero de mil novecientos noventitrés, la que disponía en su artículo 2°, que los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, entre el cinco de abril y el treinta de diciembre del mismo año, mantienen su vigencia, en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático.

Sobre el particular, este Tribunal considera, que la validez formal del Decreto Ley N° 25967 ha sido convalidada por el Congreso Constituyente Democrático, depositario de la voluntad popular, por lo que queda pendiente el pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no del contenido del mismo, lo que se desarrollará en los fundamentos siguientes, en cuanto al fondo.

Exp. N° 007-96-I/TC (Acumulado)
Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintitrés días del mes de abril de mil novecientos noventisiete, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados:

Nugent, Presidente, Acosta Sánchez, Vicepresidente, Aguirre Roca, Díaz Valverde, Rey Terry, Revoredo Marsano, García Marcelo, actuando como Secreta-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

rio Relator(e) el Dr. José Luis Echaíz Espinoza, emite la siguiente sentencia, en la acción de inconstitucionalidad Nº 007-96-I/TC, vista en la sede institucional de la ciudad de Lima, el diez de marzo de mil novecientos noventisiete.

ASUNTO:

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Bernardo Fernández Gil, don Hernán Espinoza Segovia, don Xavier Barrón Cebreros y don Francisco Ercilio Moura, contra los artículos 7º, 8º, 9º, 10º y la Disposición Transitoria Unica del Decreto Ley Nº 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, demanda que fue acumulada mediante resolución de fecha veintisiete de diciembre del mismo año, con la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, representados por don Percy Rodríguez Mendoza, contra el artículo 7º del D.L. Nº 25967, sustituido por el artículo 1º de la Ley Nº 26323, y el artículo 2º de la misma, por cuanto tales normas permiten legalmente, que los pensionistas del régimen del D.L. Nº 20530, sean transferidos a la Oficina de Normalización Previsional, liberando de la responsabilidad del pago de las pensiones a la entidad en que los mismos prestaron servicios y cesaron, lo que afecta su derecho a una pensión de cesantía nivelada.

ANTECEDENTES:

Los demandantes amparan su pretensión, en los artículos 200º inciso 4), 202º inciso 1) y 203º inciso 5) de la Constitución; 1º, 2º, 20º inciso 1), 21º, 23º, 25º inciso 5), 26º y 29º de la Ley Nº 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Las demandas fueron admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional, por resoluciones de fecha siete de noviembre y veintisiete de diciembre de mil novecientos noventiséis, respectivamente, por cuanto los demandantes cumplieron con los requisitos señalados por la Ley Orgánica de éste Tribunal; de estas demandas se corrió traslado a los demandados, quienes las contestaron absolviendo dicho trámite; en el caso del Poder Ejecutivo, lo hizo el Procurador adhoc designado mediante Resolución Suprema Nº 240-96-JUS, del once de diciembre de mil novecientos noventiséis, don Fernando de Trazegnies Granda, y en el del Congreso de la República, el Señor Congresista Doctor Oscar Medelius Rodríguez, con fecha seis de enero y veinte de febrero de mil novecientos noventisiete, quien fue nombrado apoderado por Acuerdo de la Mesa Directiva del Congreso de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos noventiséis.

La demanda de inconstitucionalidad de los artículos referidos en el "Asunto" de la presente, se fundamenta en lo siguiente:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

a) La "inconstitucionalidad congénita" del D.L. Nº 25967.

Los demandantes al fundamentar la interposición de la presente demanda de inconstitucionalidad, hacen una "simple acotación tangencial", para precisar que entienden que dicho D.L. contraviene flagrantemente "no sólo nuestro ordenamiento legal vigente, sino que también violentó el ordenamiento constitucional vigente al momento de promulgarse la citada norma (en ese entonces se encontraba vigente la Constitución de 1979)."

Se trata de un Decreto Ley con efectos retroactivos malignos, que "ofende la conciencia nacional, y resiente los más elementales principios naturales y constitucionales de cualquier sociedad civilizada", el que además, al no haber sido promulgado por un Congreso regular y constitucional, "presenta una grave inconstitucionalidad congénita".

b) La Creación e Implementación de la Oficina de Normalización Previsional

El 12 de diciembre de 1992, el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional expidió el D.L. Nº 25967, cuyo artículo 7º crea la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la que desde el 1º de enero de mil novecientos noventitrés, asumiría la función de administrar el Sistema Nacional de Pensiones (en adelante SNP) a que se refiere el D.L. Nº 19990, así como otros regímenes pensionarios administrados por el Estado, los que expresamente deberán ser señalados mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas.

Este artículo del D.L. Nº 25967, posteriormente fue modificado por el artículo I de la Ley Nº 26323, expedida por el Congreso Constituyente Democrático, el que dispuso que en relación al régimen del Sistema Nacional de Pensiones, cualquier referencia que se haga al Instituto Peruano de Seguridad Social, deberá entenderse como referida a la Oficina de Normalización Previsional, y expresa además, que ésta Oficina es la encargada del cálculo, emisión, verificación y entrega de los "Bonos de Reconocimiento" a que hace referencia el artículo 9º del D.L. Nº 25897.

Los artículos 7º y 8º del D.L. Nº 25967 disponen, que mediante D.S. se aprobará la transferencia de personal, activos y sistemas necesarios, que las entidades respectivas deberán efectuar a la ONP, así como la derogatoria de los artículos de la Ley Nº 24786 que se refiere al SNP, respectivamente.

Los demandantes señalan que estas disposiciones legales, conllevan el "desgajamiento" del Sistema Nacional de Pensiones, que hasta entonces se encontraba expresamente incluido dentro del ámbito de administración del Instituto Peruano

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de Seguridad Social conforme a lo regulado por el artículo 14° de la Constitución Política de 1979, que encargaba su administración a una institución autónoma y descentralizada con personería de derecho público.

Es así; que al pasar el Sistema Nacional de Pensiones del IPSS hacia la Oficina de Normalización Previsional (ONP), no sólo significa un claro atentado contra su autonomía, porque la ONP es un ente dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, sino que además conlleva una clara y flagrante violación del mandato constitucional antes indicado.

c) La Improcedencia de las acciones de amparo contra los efectos del Decreto Ley N° 25967.

Afirman los demandantes, que el legislador, precaviendo la natural reacción de los afectados ante la vulneración de sus derechos legales y constitucionales, dispuso en el artículo 10° del Decreto Ley N° 25967, que las acciones de amparo dirigidas a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de dicho D.L., no son procedentes.

Esta disposición conlleva para los asegurados afectados en sus derechos, "una total indefensión jurídica, ya que fueron ilegalmente privados del acceso a los recursos que (...) la Constitución del Estado y otras normas internacionales aplicables, contemplan como derechos fundamentales de toda persona"; es decir, "que no sólo agravia y perjudica al interesado, sino, además se le prohibe que se defienda."

La presencia de este artículo 10°, prueba que el legislador sabía a plena conciencia de la ilegalidad e inconstitucionalidad de su norma, al extremo de prohibir las acciones de amparo, que es el camino lógico para que los afectados protesten por el atropello.

d) Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación.
Para los demandantes, el D.L. N° 25967, modificó el D.L. N° 19990, estableciendo nuevas condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación, disponiendo una "nueva modalidad de cálculo para definir la Remuneración de Referencia, aplicable para los efectos previstos por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el ya acotado D.L. N° 19990."

Consideran que dicho cálculo es una nueva modalidad para reducir importante y sustancialmente la pensión final del interesado; si con el sistema vigente del D.L. 19990 le correspondía un determinado monto de pensión mensual, "tomando co-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

mo referencia la última remuneración de los últimos doce (12) meses", ahora con el nuevo sistema, se toma como referencia la remuneración de los últimos 36, 48 ó 60 meses, según sea el caso, con lo que "la pensión final del solicitante se reduce hasta niveles vergonzosos", por la inflación de esos períodos.

Además de las nuevas condiciones para el acceso y goce de los beneficios establecidos en el Sistema Nacional de Pensiones, la Disposición Transitoria Unica del D.L. Nº 25967 dispuso que las solicitudes en trámite a la fecha de vigencia del presente D.L., deberán ceñirse a las normas que éste prescriba; es decir, imponiendo su aplicación retroactiva, "perjudicando con ello los derechos espectaticios y reales de todos los asegurados que, cumplidos los requisitos de ley vigentes hasta antes del 12.12.92", y que "en ese momento se encontraban tramitando el goce de una pensión de jubilación, conforme a las normas originalmente establecidas por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por D.L. Nº 19990."

Finalmente señalan que esta ley atenta contra el principio constitucional de la irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 103º de la Constitución Vigente, extendiendo sus efectos al pasado, y perjudica a los ciudadanos que "al momento de renunciar a sus respectivos trabajos para acogerse a la jubilación, lo hacían en cumplimiento de la legislación vigente en ese momento".

e) Derecho a la Pensión Nivelable.

La Constitución vigente garantiza a toda persona el derecho universal y progresivo a la seguridad social, en su artículo 10º.

Este precepto asigna a la seguridad social, una doble finalidad: a) "proteger" a la persona frente a las contingencias de la vida, y b) "elevar su calidad de vida"; éste es el contenido esencial del derecho constitucional a la seguridad social, el que se concreta a través de los diferentes regímenes que pudieran establecerse. Para los cesantes y jubilados, el medio para alcanzar dicho nivel de vida, es la percepción de una Pensión que guarde proporción con el costo de vida y no se torne diminuta con el correr del tiempo.

En el caso de los servidores públicos que se encuentran en el régimen establecido por el D.L. 20530, la concreción de aquellas normas constitucionales reside en el derecho a percibir una pensión de cesantía o jubilación renovable, para que haya igualdad con la remuneración que percibe el trabajador que desempeña igual labor o función a la que desempeñaba el cesante al concluir su ciclo laboral. Este mecanismo de reajuste también conocido como "Cédula Viva", fue consagrado por la Octava Dis-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

posición Transitoria de la Constitución de 1979, y es posteriormente, que la Constitución de 1993, dispuso en su Primera Disposición Final y Transitoria que los nuevos regímenes sociales obligatorios que se establezcan en materia de pensiones, no afecta los derechos legalmente obtenidos, en particular, los correspondientes a los regímenes de los D.L. N° 19990 y 20530, y sus modificatorias.

De esta manera, la Constitución de 1993 concede ultractividad a la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, garantizando la vigencia de las normas legales basadas en esta, así como los derechos adquiridos bajo su imperio, las que han regulado de manera clara el derecho de los cesantes sujetos a éste régimen de pensión nivelada con el haber del servidor en actividad, lo que guarda relación con el artículo 50° del D.L. N° 20530.

Posteriormente, la Ley N° 23495, desarrolló el concepto de la Octava Disposición General y Transitoria, señalando en su artículo 5°, que con posterioridad a la nivelación de las pensiones con los haberes, todo incremento que reciban los servidores públicos en actividad, en el desempeño del cargo o similar al que ocupó el cesante o jubilado, originará el incremento de la pensión en el mismo monto que el que corresponde al activo. El art. 7° de la misma ley, concede a los servidores con más de 30 años de servicios si es varón, o 25 años si es mujer, el derecho a percibir una pensión en monto igual a las remuneraciones, bonificaciones y asignaciones que tuviese al cesar, estableciendo "que la modificación de la escala de sueldos, bonificaciones y asignaciones da lugar a expedición de nueva Cédula".

El Reglamento de la Ley N° 23495, aprobado por D.S. N° 015-85-PCM, comprende en dicho beneficio a todo servidor público con más de 20 años de servicio al Estado, otorgando una pensión equivalente a una 30ava. ó 25ava. parte de la remuneración referencial, se trate de hombres o mujeres, por cada año de servicio.

Los demandantes, ponen como ejemplo el caso de los Pensionistas del Banco de la Nación.

En dicho caso señalan, como antecedente, que por disposición del D.Leg. N° 339, se estableció en el Banco de la Nación, el régimen laboral de la actividad privada, reconociendo la Ley N° 25146 en su art. 1°, el derecho de los servidores de esta entidad, que a la fecha de promulgación del D. Leg. 339 se encontraban comprendidos en el régimen pensionario del D.L. N° 20530 a continuar en dicho régimen.

El hecho de transferir a los pensionistas del Régimen del D.L. N° 20530 a la ONP, significa desvincularlos de la entidad en que laboraron y cesaron, la misma que

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

estaba obligada al pago de sus pensiones y a reajustarlas y nivelarlas cada vez que se produjera un incremento de las remuneraciones de los servidores en actividad, porque la ONP, conforme a lo normado por el artículo 4° de la Ley N° 26323, es un pliego presupuestal y una institución pública descentralizada del Sector Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público interno, con fondos y patrimonio propios y con autonomía funcional, administrativa, técnica, económica y financiera.

Con ésta transferencia, los cesantes del Banco de la Nación dependen ahora de una entidad que es parte de la Administración Pública y pertenece al Sector Economía y Finanzas, resultando evidente que al asumir la ONP la obligación del pago de las pensiones de los cesantes de una entidad del sector público, no puede mantener el carácter homologado o nivelable de dichas pensiones, con los haberes de los servidores públicos de las mismas categorías de la entidad en la que cesaron, porque al desvincularse de ésta, la entidad queda liberada de esa obligación. Así, el derecho a la pensión nivelada, garantizado por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, es afectado al transferirse el pago de una pensión a una institución ajena a aquella en la que sirvió el trabajador, como es el caso de la ONP. Por lo tanto, en el presente caso, la transferencia de los cesantes del Banco de la Nación a la ONP, evidencia por ejemplo, que sus pensiones perderían el carácter de nivelable; y esta medida, aparentemente de orden administrativo no puede vulnerar preceptos constitucionales.

Consideran entonces, que el propósito de la transferencia del pago de las pensiones a la ONP, es acabar con la nivelación de las pensiones, y no de tipo administrativo, como se ha afirmado, pretendiendo terminar con el sistema de nivelación y homologación para separar y desvincular a los cesantes de la entidad en la que laboraron. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha sentado criterio jurisprudencial en vía de control difuso de la constitucionalidad, frente a intentos legislativos similares para transferir el pago de las pensiones a entidades ajenas a las obligadas por la ley; así ha declarado fundada la acción de amparo interpuesta por la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la SUNAT, e inaplicable la 3° Disposición Transitoria del D.Leg. N° 673 que dispuso la transferencia del pago de pensiones de los cesantes del régimen del D.L. N° 20530 de la SUNAT al Ministerio de Economía.

Conforme al criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional y Social, la transferencia de los pensionistas que prestaron servicios a la SUNAT y al IPSS, al Ministerio de Economía y Finanzas, "configura la violación de su derecho constitu-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cional una pensión nivelada u homologada con los haberes de los servidores activos de la entidad en que cesaron".

f) Violación de los Derechos adquiridos de los Pensionistas.

La 1° Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 consagra el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria, el que se aplica en los casos de sucesión normativa o de derogación de una norma, a cuyo amparo se obtuvo la condición más beneficiosa que la establecida o suprimida por una norma posterior, y "consiste en que el titular del derecho o beneficio adquirido en virtud de aquella norma, lo conservará, no siendo aplicable la norma posterior menos beneficiosa".

La Constitución señala que la implantación de nuevos regímenes previsionales no implica el desconocimiento de los derechos adquiridos por los pensionistas, pues por el contrario, obliga y garantiza su respeto, protegiéndolos frente a cualquier norma, acto o hecho que pueda afectarlos de modo alguno.

El D.L. N° 25967 y la Ley N° 26323 vulneran el principio constitucional de respeto a los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria, al posibilitar se transfiera a la ONP, la responsabilidad de administrar el régimen del D.L. N° 20530, y al afectar la nivelación de los haberes de los cesantes con los de los servidores en actividad, de la misma categoría y entidad en la que prestaron servicios los cesantes.

La garantía de respeto a los derechos legalmente obtenidos consagrada por la 1° Disposición Final y Transitoria de la Constitución, supone entonces, la vigencia del régimen del D.L. N° 20530 y sus normas modificatorias.

El art. 13° del D.L. N° 20530 señala que el pago de la pensión será efectuada por la entidad en la que cesa el trabajador, no sólo por razones de orden administrativo, sino también por la naturaleza propia del régimen pensionario, al establecer la nivelación de las pensiones con los haberes de los servidores en actividad, en donde se deben tomar como referencia, las remuneraciones vigentes en la entidad en que cesaron los pensionistas; existe entonces, una conexión directa entre el derecho a la pensión nivelada y la responsabilidad de que sea pagada por la entidad en que cesó el pensionista, porque permite hacer efectiva la nivelación cuando se produzcan reajustes de remuneraciones en la entidad.

Tanto así, que el D.Leg. N° 817 ha reiterado en su art. 4° in fine, que cada entidad continúa manteniendo la responsabilidad del pago de las pensiones que le corresponde con arreglo a ley.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Entonces, el pago de la pensión le corresponde a la entidad en que laboró el pensionista, y en caso de retirarle tal responsabilidad y transferirla a otra entidad pública, esta última no podrá cumplir con la obligación de mantener niveladas dichas pensiones, salvo que tal entidad transfiera a la ONP los recursos respectivos cuando disponga reajustes de remuneraciones de sus trabajadores; además a decir de los demandantes, esto está expresamente previsto por la norma que dispone la transferencia, lo que carece de sentido porque si la entidad en que cesaron los pensionistas va a continuar obligada a sufragar las pensiones y actualizarlas con los aumentos de haberes de los servidores activos, entonces ¿porqué no las paga directamente en lugar de hacerlo mediante la ONP?

Finalmente, para los demandantes, "el derecho legalmente adquirido a que se refiere la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, comprende el régimen del D.L. 20530 en su conjunto, con los derechos que establece y las normas de administración, pago y aplicación de las pensiones que son necesarias, y congruentes, para mantener la característica esencial de dicho régimen: la pensión nivelada".

Los representantes de los demandados, al absolver el traslado de la demanda señalaron:

1) La "inconstitucionalidad congénita" del D.L. N° 25967.
   Los representantes de los demandados no se pronuncian concretamente sobre el particular, sin embargo, genéricamente señalan que ninguna de las normas impugnadas viola precepto constitucional alguno, puesto que el marco específico de la acción de inconstitucionalidad planteada es la Constitución vigente.

2) La Creación e Implementación de la Oficina de Normalización Previsional.

   La Constitución de 1979, que es aquella en la que se basa la impugnación, dejó de estar vigente cuando se promulgó la Constitución de 1993, conforme se expresa en la Disposición Final y Transitoria Décimo Sexta de esta última. El artículo 10° de la actual Constitución, la única vigente, legisla sobre la materia, y no contiene prescripción alguna sobre el tipo de institución que debe administrar la seguridad social, ni tampoco limita esa administración a una sola institución. Así, la presunta violación constitucional es ilusoria, "porque se basa en una pretendida contradicción con una norma que ya no existe legalmente y con una Constitución que ya no es Constitución sino simplemente una pieza de la historia jurídica del país".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

El artículo 11° de la actual Constitución, prescribe que el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas y privadas; así, la propia Constitución prevé la existencia de organismos de naturaleza diversa, los que tendrán a su cargo, la administración del Sistema de Salud y de Pensiones. En este contexto, la creación de la ONP, obedece al desarrollo de una política, por parte del Estado, en materia de Seguridad Social, la que se centra en el paso de la administración del Sistema Nacional de Pensiones a una entidad distinta, lo que se circunscribe a aspectos meramente administrativos, en donde las prestaciones que puedan ser otorgadas por el Sector Privado, son una alternativa moderna y responsable, siendo intangibles sus fondos y reservas, como lo señala el artículo 12° de la propia Constitución; además, como afirma la propia parte demandante, "el acto mismo de la creación de la oficina de Normalización Previsional no comporta por sí misma una contravención constitucional".

La creación de la ONP, es parte del cumplimiento de las obligaciones que todo Estado miembro de la organización Internacional del Trabajo (OIT) asume al ratificar un convenio internacional, caso específico del Convenio OIT N° 35, "relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico", y del Convenio N° 36, sobre "seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas agrícolas", aprobados por Resoluciones Legislativas N° 10195 y 13284.

En cuanto al artículo 8° del D.L. N° 25967, debemos indicar que no contraviene disposición constitucional alguna, puesto que es consecuencia del paso de la administración de un ente a otro, el mismo que requiere implementaciones de toda índole; así, la ONP asume tanto el activo como el pasivo del IPSS en materia de pensiones. Respecto de la derogatoria de los artículos referidos a la administración del SNP por el IPSS, dispuesta por el artículo 9° del referido D.L., los demandados consideran que tal mandato es constitucional, "más aún si tenemos en cuenta que uno de los principios generales del derecho glosa, que lo accesorio sigue la suerte del principal, siendo lo principal la creación de la ONP, la que es titular de la administración del Sistema, y lo accesorio, el traspaso de las facultades; "es aquí donde por seguridad jurídica y con la finalidad de que los usuarios tengan la certeza y confiabilidad en el Sistema, es que se derogan en forma expresa las facultades administrativas del IPSS, para evitar la duplicidad de funciones".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

3) La Improcedencia de las acciones de amparo contra los efectos del D.L. Nº 25967.

Se denuncia como inconstitucional el art. 10º del D.L. Nº 25967, porque los demandantes consideran que dicha disposición "pretende privar al ciudadano de una garantía constitucional; lo que resultaría inconstitucional". Al respecto, consideran necesario precisar que el inciso 2º del artículo 200º de la Constitución vigente dispone que no proceden las acciones de amparo contra normas legales, las que pueden ser impugnadas a través de la acción de inconstitucionalidad, que es lo que ese está ventilando ante el Tribunal Constitucional. El artículo 10º de la Ley Nº 25967, "se limita a establecer lo que la Constitución establece".

Además señalan los demandados, que la acción de amparo, por sí, no constituye un derecho, sino un medio del que se valen las personas para recurrir al poder jurisdiccional, para que se les restablezcan sus libertades o derechos violados o amenazados. El acto de recurrir al órgano jurisdiccional no es un derecho sustantivo sino procesal; en todo caso, "lo sustantivo está representado por el derecho violado y lo procesal, por este camino particular de defensa".

En todo caso, la acción de amparo no es el único medio para hacer valer los derechos, más aún cuando se trata de una forma excepcional para ello, quedando subsistentes las formas convencionales; así, no se ha recortado ni transgredido derecho alguno, máxime cuando el numeral 2º del artículo 200º de la Constitución prevé de manera expresa, que la acción de amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

Es necesario recordar, que la acción de amparo procede cuando se han violado o amenazan derechos constitucionales; en cuanto a lo primero, no se ha violado derecho alguno, y en cuanto a la amenaza, los demandados citan al constitucionalista Alberto Borea, para quien ésta debe estar referida: 1.- a un derecho constitucional, 2.- debe ser real y concreta contra persona cierta que encuentre en peligro el quebrantamiento de su derecho constitucional, 3.- debe ser inminente, es decir, en vías de ejecución.

4) Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación

La Disposición Transitoria dispone que las solicitudes en trámite a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley Nº 25967, se ceñirán a las normas que éste prescribe.

Los demandantes estiman que ello implica retroactividad, la que se encuentra proscrita por el artículo 187º de la Constitución derogada, y pretenden darle

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

nueva vida a ese texto legal para aplicarlo ahora sobre el Decreto Ley cuya inconstitucionalidad se demanda. Además, una ley derogada, ya no es una ley, aunque se trate de una Constitución.

Aún cuando los demandantes no lo han invocado -por lo que no puede ser aplicado a los mismos por el Tribunal, porque no puede sustituirse a los demandantes-, tampoco el artículo 103° de la actual Constitución podría servir como fundamento para considerar que la Disposición Transitoria Unica es retroactiva, y por lo tanto, inconstitucional.

Debe tenerse presente que las leyes son retroactivas, cuando se aplican hacia atrás, con el objeto de cambiar situaciones del pasado; "si esta ley pretendiera retirar los beneficios ya adquiridos por alguien en el pasado, y los cuales se encuentra efectivamente gozando y le exigiera que devuelva lo recibido en el pasado, estaríamos claramente ante un caso de intolerable retroactividad. Pero éste no es el caso de la ley materia de esta acción de pretendida inconstitucionalidad. La Disposición Transitoria Unica se limita a decir que la ley es aplicable de ahí en adelante, es decir, hacia el futuro. De ninguna manera se pretende modificar el régimen de pensiones del pasado ni exigir devolución de suma alguna: quienes están gozando de una pensión otorgada bajo la ley anterior, continúan dentro de ese régimen. Pero a partir de la fecha de entrada en vigencia del nuevo Decreto Ley, todas las pensiones que se otorguen en el futuro deberán adecuarse a lo dispuesto por éste último. No hay, pues, aplicación hacia el pasado (retroactividad) sino aplicación inmediata y hacia adelante de la nueva norma".

La teoría de la intangibilidad de los derechos adquiridos se basa en la distinción entre lo que es una mera expectativa y lo que es un derecho adquirido; el último es un derecho formalmente constituido y en ejercicio, mientras que la expectativa es la situación en la que si se cumplen ciertas condiciones y formalidades, se adquirirá un derecho, pero como el derecho no se tiene aún, no puede ser ejercido todavía.

El derecho adquirido es intocable por leyes posteriores, mientras que la expectativa tiene que someterse y adaptarse a la nueva legislación.

Indican además, que la norma se refiere a "solicitudes en trámite" al 19 de noviembre de 1992, fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley, lo que no contraviene derecho constitucional alguno, más aún si tenemos en cuenta que se refiere a aquellas que no contaban con resoluciones administrativas que se

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pronuncian por el otorgamiento o no de la pretensión, y a diferencia de las solicitudes que ya tuvieron pronunciamiento de las administración, en los que no corresponde la aplicación del Decreto Ley N° 25967, a diferencia de los que carecían del mismo.

La disposición transitoria hace referencia a solicitudes en trámite, lo que se encuentra en el ámbito de la mera expectativas, las que son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo a derecho, en la que si se cumplen ciertas formalidades y condiciones, se adquirirán derecho; pero antes, el derecho no se tiene y no puede ser ejercido todavía, y en tanto no son derechos adquiridos no entran en nuestro dominio.

La Constitución de 1979, reconocía la teoría de los hechos cumplidos, la misma que se encontraba recogida en el artículo 187°, el que tiene su norma reglamentaria en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que recoge dicha teoría, al indicar que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

5) Derecho a la Pensión Nivelable

El derecho a la nivelación de pensiones, en la actualidad tiene sólo jerarquía legal, en tanto está contemplado para situaciones específicas en el D.L. N° 20530; la Constitución de 1979 sí establecía con jerarquía constitucional, la nivelación de pensiones, la que fue regulada por Ley N° 23495 y por el D.S. N° 015-83-PCM.

Al sustituirse la Constitución de 1979 por la actual, ya no se reconoce el derecho a la nivelación, y en tal sentido, ya no puede ser objeto de referencia en una acción de inconstitucionalidad. La actual Constitución, en la Segunda Disposición Final y Transitoria prescribe que "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste designe para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional".

Señalan los demandantes que la "actual Constitución comenzó a regir los actos y hechos producidos a partir de su entrada en vigencia; en lo que respecta a las pensiones nivelables, estas dejaron de tener jerarquía constitucional al no haberse declarado su aplicación ultractiva".

Además, nuestro sistema jurídico no reconoce la teoría de los derechos adquiridos, sino la aplicación inmediata de las normas, lo que significa, "que la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

nueva disposición no afecta los derechos materializados, sino los que se producen a partir de la fecha de la norma".

6) Violación de los Derechos adquiridos de los Pensionistas

Para los demandantes, las normas materia de la presente acción, conllevan una violación al mandato establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que condiciona que los nuevos regímenes sociales obligatorios en materia de pensiones, no puede afectar los derechos legalmente obtenidos, en particular, los existentes al momento de la promulgación de la norma constitucional, esto es, los D.L. Nº 19990 y 20530.

Este argumento no puede ser utilizado por la parte demandante para cuestionar la constitucionalidad del art. 2º de la Ley Nº 26323, que prescribe que "el objeto principal de la Oficina de Normalización Previsional es la administración centralizada del Sistema Nacional de Pensiones y el Fondo de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley Nº 19990, así como de otros sistemas de pensiones administrados por el Estado".

Este dispositivo, contrariamente a lo sostenido no hace referencia a los derechos adquiridos, sino a los legalmente obtenidos, lo que condiciona la validez de su otorgamiento al cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley.

La Constitución Política de 1979, reconocía, en su artículo 187°, la teoría de los hechos cumplidos, lo cual se encontraba reglamentado en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, "al indicar que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Además, de conformidad con lo prescrito por la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, una vez promulgada la misma, ésta reemplaza a la de 1979, por lo que carece de objeto pronunciarse respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del D.L. Nº 25967 con relación a la Constitución de 1979, la que está derogada.

Y, luego de los informes orales presentados por las partes demandantes y demandadas, y teniendo presente la documentación posteriormente anexada por el Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo, el Tribunal Constitucional está en la obligación de expedir sentencia.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

FUNDAMENTOS:

La "inconstitucionalidad congénita" del D.L. Nº 25967

1.- Aunque se trata de una simple acotación tangencial realizada por los demandantes, el Tribunal Constitucional considera necesario pronunciarse sobre este extremo.

El D.L. Nº 25967, fue expedido el doce de diciembre de mil novecientos noventidós, por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; por tal razón, los demandantes lo acusan de presentar "una grave inconstitucionalidad congénita", por cuanto no ha sido promulgada por un Congreso regular y constitucional. Además, señalan que el D.L. en análisis contraviene "no sólo nuestro ordenamiento legal vigente, sino que también violentó el ordenamiento constitucional vigente al momento de promulgarse la citada norma", esto es, la Constitución de 1979.

Posteriormente, el Congreso Constituyente Democrático expidió la Ley del nueve de enero de mil novecientos noventitrés, la que disponía en su artículo 2º, que los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, entre el cinco de abril y el treinta de diciembre del mismo año, mantienen su vigencia, en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático.

2.- Sobre el particular, éste Tribunal considera, que la validez formal del Decreto Ley Nº 25967 ha sido convalidada por el Congreso Constituyente Democrático, depositario de la voluntad popular, por lo que queda pendiente el pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no del contenido del mismo, lo que se desarrollará en los fundamentos siguientes, en cuanto al fondo.

La Creación e Implementación de la Oficina de Normalización Previsional

3.- El artículo 7º del D.L. Nº 25967, posteriormente fue sustituido por el artículo 1º de la Ley Nº 26323, expedida por el Congreso Constituyente Democrático, el cual, además de lo estipulado en el artículo 7º original, reguló sobre dos aspectos más en cuanto al régimen del Sistema Nacional de Pensiones:

a) Cualquier referencia que se haga al Instituto Peruano de Seguridad Social, deberá entenderse como referida a la ONP; y,

b) Que la ONP se deberá de encargar del cálculo, emisión, verificación y entrega de los "Bonos de Reconocimiento" a que hace referencia el artículo 9º del D.L. Nº 25897. Esto es, modificó la norma, y complementándola, adecuó

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

el Sistema Nacional de Pensiones a la ONP y encargó a esta última el trámite del "Bono de Reconocimiento".

4.- Si bien es cierto, el artículo 14º de la Constitución de 1979, establecía que sería una institución autónoma y descentralizada la que estaría a cargo de la seguridad social, institución que para los demandantes no era otra que el IPSS, también lo es que, dicha Constitución ha sido derogada por la Constitución de 1993, tal como lo estipula la 16º Disposición Final y Transitoria de esta última. La Constitución en vigencia, en su artículo 10º, no hace referencia alguna a la institución encargada de administrar las prestaciones de la seguridad social, ni la organización de la misma o su administración, y mucho menos, condiciona tal administración a una sola administración.

5.- Los artículos 8º y 9º del D.L. Nº 25967 son acusados de inconstitucionalidad, por que conllevan la desintegración del Sistema Nacional de Pensiones (SNP); sobre el particular, nos remitimos a lo expresado en el primer fundamento de la presente sentencia, toda vez, que ya se ha aclarado la sucesión normativa de la Constitución de 1993, respecto de la de 1979, entendiendo además que estos artículos, al ser confrontados con la Constitución vigente, no violentan mandato alguno o precepto de la misma, tratándose de normas que tienen por objeto viabilizar la administración de la ONP, la que en adelante se hará cargo de la administración de los sistemas pensionarios que la ley establece.

Además, el referido artículo 14º de la Constitución de 1979, era implementado por la Ley Nº 24786, que no es sino, la Ley Orgánica del Instituto Peruano de Seguridad Social, cuyos artículos referidos a la administración del SNP, han sido derogados por el artículo 9º impugnado, para evitar que exista un conflicto de normas con las del D.L. Nº 25967.

La Improcedencia de las acciones de amparo contra los efectos del D.L. Nº 25967

6.- El artículo 200º, inciso 2) de la Constitución vigente, dispone que no proceden las acciones de garantía contra normas legales las que deberán ser impugnadas a través de la acción de inconstitucionalidad; los demandados señalan que en todo caso, el artículo 10º del D.L. Nº 25967 limita el acceso a los recursos que la Constitución del Estado y otras normas internacionales aplicables contemplan.

7.- Si bien la acción de amparo no procede en contra de leyes, por mandato expreso de la propia norma fundamental, la doctrina reconoce que sí se puede interponer contra actos que en aplicación de una norma legal, vulneren un derecho sus-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ceptible de amparo constitucional; en este caso, estamos frente a un caso de control de la aplicación de la norma, extremo que pretende ser prohibido expresamente por el artículo 10° del Decreto Ley N° 25967. Además, el inciso 2) del antes referido artículo 200° de la Constitución señala que no proceden las acciones de garantía contra normas legales, pero el artículo 10° impugnado, va más allá del texto constitucional, por cuanto prohibe dichas acciones, contra los efectos del propio D.L., extremo este que es inconstitucional, por cuanto ninguna autoridad puede impedir el ejercicio de tales acciones por los particulares, cuando se produzcan hechos que amenacen o violenten derechos constitucionales de los ciudadanos, que puedan ser protegidos por medio de las acciones de garantía.

Además, es importante recalcar que en todo momento, los jueces al resolver, tienen la obligación constitucional de preferir la Constitución sobre cualquier otra norma de menor jerarquía, tal como lo disponen los artículo 51° y 138° de la misma, dispositivos estos que tienen primacía respecto de cualquier otra norma legal.

Nuevas Condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación

8.- Para los demandantes, el D.L. N° 19990 fue modificado por el D.L. N° 25967, en el extremo de establecer nuevas condiciones (nuevo sistema de cálculo) para acceder al goce de la pensión de jubilación, sobre la base de una nueva modalidad de cálculo, la que serviría para definir la Remuneración de Referencia a aplicarse para los efectos del Sistema Nacional de Pensiones; como la aplicación de la modificación es inmediata, conforme lo ha señalado la Disposición Transitoria Unica del antes referido D.L. N° 25967, señalan que el mismo atenta contra el principio constitucional de irretroactividad de las leyes, perjudicando los derechos expectaticios de los asegurados que se encontraban tramitando, a la fecha de expedición de la ley, el goce de su pensión de jubilación.

9.- El Procurador ad-hoc del Poder Ejecutivo señaló al contestar la demanda, que éste Tribunal no podía pronunciarse sobre las nuevas condiciones para acceder al goce de la pensión de jubilación aplicando el artículo 103° de la Constitución vigente, por cuanto no había sido invocado expresamente en la demanda, no pudiendo el Tribunal Constitucional sustituir a los demandantes; cabe señalar, que el Artículo 63° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que supletoriamente a la misma "son de aplicación el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial"; y en este extremo, el Tribunal está obligado a aplicar el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que prescribe que "el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

10.-La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, consagra a nivel constitucional, el respeto de los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria, de los jubilados y cesantes de los regímenes de los D.L. N° 19990 y 20530, entendiéndose por tales derechos, a los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas.

Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación no significa que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la teoría de los hechos cumplidos en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento, de una situación excepcional de ultractividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución.

11.-El D.L. N° 19990, en su artículo 38° declara que tienen derecho a la pensión de jubilación, los hombres, a partir de los 60 años, y la mujeres, a partir de los 55, a condición de que reúnan los requisitos de aportaciones señalados en el mencionado D.L., y conforme a las condiciones que el mismo señala. Al permitirse la aplicación ultractiva de la norma, ésta se aplicará sólo a los trabajadores que, aun cuando se encuentren laborando, reúnan los requisitos señalados por el D.L. N° 19990 para obtener la pensión de jubilación, por cuanto han incorporado a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley, que no está supeditado al reconocimiento de la administración. De ésta manera, los asegurados que se encuentran inscritos en el D.L. N° 19990, hasta antes de la vigencia del D.L. N° 25967 y de la Ley N° 26323, y ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por el D.L. N° 19990, tendrán derecho a la pensión correspondiente, en los términos y condiciones que el mismo establece, incluyéndose los criterios para calcularla.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

12.-El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. Nº 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del D.L. Nº 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, por que de hacerlo, se estaría violentando la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

13.-La Disposición Transitoria Única es, por lo tanto, concordante con la Constitución Política, y no contraria a la misma, por cuanto la aplicación inmediata de las normas prescritas por el D.L. Nº 25967, para los nuevos casos de jubilación que se presenten desde el momento en que se expidió la norma.

Derecho a la Pensión Nivelable y Violación de los Derechos adquiridos de los Pensionistas

14.-Ambos extremos, a criterio de los demandantes, liberan de la responsabilidad del pago de las pensiones a la entidad en la que los pensionistas prestaron servicios y cesaron, lo que afecta su derecho a la pensión de cesantía nivelada.

15.-Este Tribunal, considera, de acuerdo a lo expresado en el fundamento 10), que los derechos adquiridos por los pensionistas de los regímenes previsionales regulados por los Decretos Leyes Nº 19990 y 20530, deben y tienen necesariamente que ser respetados por el legislador ordinario, por la sola voluntad del constituyente, quien así lo ha establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. En este extremo, el derecho adquirido de los pensionistas a una pensión nivelada, también debe ser respetado, por cuanto los regímenes previsionales de los Decretos Leyes Nº 19990 y 20530, así como sus normas modificatorias y complementarias son protegidas por la Primera Disposición Final y Complementaria de la Constitución vigente.

16.-El artículo 7º del D.L. Nº 25967, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 26323, establece: 1°) que la creación de la ONP, la que "asumirá la función de administrar el Sistema Nacional de Pensiones y el Fondo de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley Nº 19990"; 2°)que toda referencia al IPSS en relación al Sistema Nacional de Pensiones "deberá entenderse como referida a la ONP, incluyendo lo relativo a las facultades de cobranza coactiva que le corresponden de acuerdo a ley"; 3°) que "la ONP tendrá a su cargo la administración de los pagos de las pensiones de otros regímenes administrados por el Estado, los cuales deben ser señalados expresamente mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas"; y, 4°) que la ONP, es la encargada del cálculo, emisión, verificación y entrega de los "Bonos de Reconocimiento" a que hace referencia el artículo 9º del Decreto Ley 25897. Este artículo, es complementado por el artícu-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

lo 2º de la antes referida Ley Nº 26323, el que señala que el objeto principal de la ONP es "la administración centralizada del Sistema Nacional de Pensiones y Fondo de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley Nº 19990, así como otros sistemas de pensiones administrados por el Estado".

Es así, que estos artículos establecen, como función principal de la ONP, la de "administrar", tanto el régimen del D.L. Nº 19990, como los otros sistemas de pensiones administrados por el Estado, estos últimos a condición de que expresamente sean señalados por resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas.

Las funciones administrativas de la ONP, respecto de los regímenes previsionales que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de su ley de creación, en ningún momento pueden lesionar los derechos adquiridos de los pensionistas, haciendo nuevamente la salvedad, que ello no conlleva la desnaturalización de nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a que las normas son de aplicación inmediata, puesto que se trata de una situación de excepción, amparada expresamente por la Constitución del Estado.

17.-Los demandantes arguyen que al pasar la administración del régimen previsional del D.L. Nº 20530, a la Oficina de Normalización Previsional, perderán todo vínculo con la entidad en la que laboraron y cesaron, la que debe transferir a dicha institución los recursos necesarios para la atención de la planilla, dejando por tanto de tener una remuneración de referencia para efectos de la correspondiente nivelación.

Teniendo los pensionistas del régimen del D.L. Nº 20530, derecho a una pensión nivelada, no pueden ser privados de manera indirecta de la misma, lo que ocurriría si al trasladarlos a la ONP, no se le provea a ésta de los recursos necesarios para el pago de las pensiones a las que está obligada. Esto ha sido interpretado correctamente por el Poder Ejecutivo, cuando dispone en el último párrafo del artículo 4º del Decreto Legislativo Nº 817, que "cada entidad continúa manteniendo la responsabilidad del pago de las pensiones que les corresponde conforme a ley", luego de señalar que corresponde a la ONP, el reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del D.L. Nº 20530 y sus normas complementarias y modificatorias, así como los derivados de otros regímenes previsionales a su cargo.

Este Tribunal considera que de conformidad con el artículo 4º del Decreto Legislativo 817 se está trasladando sólo la administración de los diferentes regímenes pensionarios a cargo del Estado a la ONP, pero la responsabilidad del pago opor-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tuno y nivelado de las pensiones continúa a cargo de las entidades en las que los pensionistas cesaron; debiéndose efectuar este pago a los pensionistas con la sola base referencial del ingreso mensual del servidor en actividad que desempeñe el último cargo en que cesó el pensionista, sin que la pensión nivelada así resultante pueda ser alterada por ningún tipo de cálculo actuarial.

Además, el derecho de los pensionistas, es el de percibir de parte del Estado la pensión que les corresponde, conforme al régimen previsional al que pertenecen, y no el de recibir la misma, de una entidad determinada; en este extremo, el régimen pensionario regulado por el D.L. Nº 20530, ha sido modificado por el D.L. N° 25967, sin que ello conlleve la desprotección de los pensionistas frente al Estado, modificación que es perfectamente constitucional, toda vez, que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, busca la protección de los pensionistas del régimen de los D.L. Nº 19990 y 20530, debiendo entenderse que ello se produce en cuanto al goce de la pensión, y no en cuanto a que entidad es la responsable del pago de la misma.

Es así, que la nueva entidad encargada de administrar los regímenes pensionarios a cargo del Estado, esto es, la Oficina de Normalización Previsional, está obligada a efectuar las nivelaciones de las pensiones, en las condiciones previstas por la ley, antes de la vigencia del Decreto Ley Nº 25967 y de la Ley Nº 26323.

18.- En la medida que las transferencias de sistemas previsionales a la ONP, y el pago de las mismas se desarrollen en los términos expresados en la presente fundamentación, este Tribunal no considera que exista ninguna inconstitucionalidad; pero en el caso que las normas de creación, implementación y funcionamiento de la ONP, se apliquen para violentar los derechos adquiridos de los pensionistas, estamos ante violación flagrante de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

El Tribunal Constitucional,

FALLA:

Declarando FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, y en consecuencia INCONSTITUCIONAL, el artículo 10º del Decreto Ley N° 25967, por contravenir los dispuesto en los artículos 51º, 138º y 200° de la Constitución; e improcedentes en los demás extremos demandados. Dispusieron, además, la incorporación de los fundamentos jurídicos signados con los numerales 10, 11, 12, 15 y 17, a la parte resolutiva de esta sentencia, y ordenaron su publicación en el diario oficial El Peruano.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

S.S.

NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

S-327

Que, conforme se desprende del petitorio de las demandas acumuladas en la Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo Nº 817, el objeto de éstas es que se declaren inconstitucionales diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, por cuanto habrían transgredido a la Carta Magna, bien por la forma o bien por el fondo.

Exp. Nº 008-96-I/TC
Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintitrés días del mes de abril de mil novecientos noventisiete, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados: Nugent, Presidente, Acosta Sánchez, Vicepresidente, Aguirre Roca, Díaz Valverde, Rey Terry, Revoredo Marsano; y, García Marcelo, actuando como Secretario Relator(e) el Dr. José Luis Echaíz Espinoza, emite la siguiente sentencia en la Causa Nº 008-96-I/TC vista en la sede institucional de la ciudad de Lima el día diez de marzo de mil novecientos noventisiete.

ASUNTO:

Demandas de Inconstitucionalidad acumuladas por resolución de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventiséis, interpuestas por 9,941 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y Jorge Bejar Rivera; 6,622 ciudadanos representados por Jesús Hermes Jerí Céspedes; 32 señores congresistas; 5,000 ciudadanos Cesantes y Jubilados de Enapu S.A. representados por Jorge Ruiz Juárez y Pedro Carrasco Narváez; 5,300 ciudadanos representados por Percy Rodríguez Mendoza; contra diversos artículos del Decreto Legislativo Nº 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado.

ANTECEDENTES:

Admitidas por el Tribunal y acumuladas por resolución de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventiséis, por cuanto los demandantes acreditaron su legitimación activa, corriéndose traslado al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo habiéndose designado como apoderados al Señor Congresista de la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

República Oscar Medelius Rodríguez - Acuerdo Nº 179-96-I/MESA-CR- y al Doctor Fernando De Trazegnies Granda - R.S. 240-96-JUS-, respectivamente.

Los demandantes fundamentan el pedido de inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 817 bajo los siguientes argumentos comunes:

a) Argumentos de Forma

Se afirma que el contenido normativo incluido en el Decreto Legislativo Nº 817, excede la materia específica que fue objeto de la delegación legislativa por parte del Congreso de la República. El Poder Ejecutivo ha transgredido el principio de especificidad en materia de delegación legislativa consagrado en el artículo 104º de la Constitución Política del Estado dado que incluye contenidos normativos no autorizados por la ley de delegación Nº 26557.

El artículo 20º del Decreto Legislativo 817 crea el Tribunal de Administración Pública atribuyéndose competencias legislativas que la Constitución reservaba en exclusiva al Congreso de la República, tal como lo señala el inciso 1) del artículo 102º.

Los artículos 26º, 27º y 28º legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia en tanto que establecen normas dirigidas a orientar la conducta funcional y la capacidad de los jueces para resolver cuestiones relacionadas al Decreto Ley 20530, imponiendo restricciones a la actuación de los jueces en las causas relacionadas con el citado decreto ley, restricciones que son materia de la Ley Orgánica del Poder Judicial; asimismo, la Segunda Disposición Complementaria modifica la mencionada Ley Orgánica y de conformidad con el artículo 101º inciso 4) y 104º de la Constitución, no pueden delegarse materias relativas a las leyes orgánicas.

La Segunda Disposición Complementaria al facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a crear las instancias judiciales especializadas necesarias para la aplicación del Decreto Legislativo, modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Novena Disposición Complementaria deroga la Ley Nº 10772 y demás normas complementarias relativas al régimen previsional que corresponde a los extrabajadores de las ex-Empresas Eléctricas Asociadas (ex - ELECTROLIMA) y de la Compañía Nacional de Tranvías, llegando a declarar -con pretendidos efectos retroactivos- nulos y sin valor legal, los acuerdos y resoluciones que extendieron los alcances de la indicada ley.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Además se excede la delegación cuando elimina el plazo de prescripción legal establecido por el artículo 110° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos para que el Estado anule sus propias resoluciones.

La Ley autoritativa faculta a que se legisle en la imposición de un tope máximo a las pensiones comprendidas en el Decreto Ley 20530; sin embargo, el Decreto Legislativo 817 creó una nueva e integral ley previsional, incluso la denominó "Ley del Régimen Previsional a Cargo del Estado", la cual recrea toda la legislación en materia previsional, desconociendo por completo las leyes anteriores que están respaldadas por la actual Constitución en su Primera Disposición Final.

El Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo señala:

En cuanto al artículo 20° del Decreto Legislativo 817 que crea el Tribunal de Administración Pública, precisa que las facultades delegadas no están circunscritas en términos de poderes o sectores del Estado sino a una materia respecto de la cual se pueden dar normas que regulen diversos aspectos o sectores, es una mera instancia administrativa que permite un mejor conocimiento de la situación conflictiva cuyas decisiones pueden ser siempre discutidas ante el Poder Judicial. No se ha establecido jurisdicción sino solamente una forma administrativa de dar mejor atención a los reclamantes.

En cuanto a los artículos 26°, 27° y 28° de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia y debieron ser tratadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial puesto que no se trata de materia delegable; en relación al artículo 26°, se trataría en todo caso de una redundancia dado que los jueces siempre deben resolver de acuerdo a la Constitución y a las leyes; al artículo 27° los impedimentos de los jueces están normados por el Código Procesal Civil que no es una ley orgánica, agregar este impedimento no es violar la autonomía e independencia del Poder Judicial sino por el contrario asegurarlas, la norma citada no está modificando los requisitos para ser juez sino simplemente crea una presunción de interés de parte en el proceso y, por consiguiente establece un impedimento más para conocer ciertos casos. Todo lo que se hace es añadir un impedimento a los que contemplan los artículos 305° y 307° del Código Procesal; al artículo 28° éste se limita a las exigencias presupuestales, nadie puede pretender que el Estado pague al margen del Presupuesto. De manera que legislar sobre este punto es facilitar la aplicación y el funcionamiento eficiente del régimen de pensiones.

Respecto a la Segunda Disposición Complementaria se aduce que incursionaría en el área de la Ley Orgánica al facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Judicial para crear instancias especializadas. En este punto no estamos ante una competencia exclusiva de una ley orgánica, y no podemos estarlo porque si el propio Poder Judicial no pudiera crear en su interior salas especializadas y requiriera cada vez una modificación de su Ley Orgánica para hacerlo, no habría manera de organizar seriamente la administración de justicia; es por ello que la propia Ley Orgánica facultó en su artículo 80º inciso 18) a la Sala Plena de la Corte Suprema para crear y suprimir Distritos Judiciales, Salas y Juzgados, cuando así lo requiera para la rápida y eficaz administración de justicia. La misma Ley orgánica, en su artículo 82º incisos 28) y 29) establece como atribuciones del Concejo de Gobierno del Poder Judicial las de proponer a la Sala Plena la creación de Salas Superiores y la creación y reubicación de Salas y Juzgados especializados. Estas facultades fueron más tarde encargadas a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial en virtud de la Ley Nº 26546, por todo ello no existe ningún impedimento legal para que el Decreto Legislativo 817 inste al Poder Judicial para ejercer esas facultades y proceda a crear instancias para resolver mas rápidamente y mejor los casos de previsión social. El Decreto Legislativo se limita a ratificar esa facultad que ya tenía por efecto de su propia Ley Orgánica y demás disposiciones sobre la materia.

En lo que respecta a la Novena Disposición Complementaria que deroga la Ley Nº 10772 se trata de una materia directamente comprendida en la facultad legislativa y no puede ser objetada. Sus efectos no son hacia el pasado sino hacia el futuro: a partir de la fecha no se admiten nuevas incorporaciones a ese régimen. No cabe duda que quienes estaban incorporados desde antes y tenían un derecho legalmente adquirido, lo mantienen sin problema alguno.

Respecto al plazo de prescripción establecido en el artículo 110º de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, cabe precisar que no es una norma constitucional; por consiguiente, la supresión de ese plazo en una cierta área de la actividad administrativa del Estado no constituye per se violación constitucional alguna, la mencionada ley tampoco es ley orgánica, por lo que su modificación para un aspecto específico dentro del área de materias delegadas no se encuentra prohibida por el segundo parágrafo del artículo 104º de la Constitución.

El apoderado del Congreso señala que:

La Ley Nº 26557 señala como materia específica de la delegación el régimen de pensiones, aplicable al personal de los organismos e instituciones de los volúmenes de 1 al 6 de la ley de presupuesto, señalando además que ese régimen debe establecer como tope el sueldo de un Congresista, por lo tanto y como

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

puede apreciarse en el Decreto Legislativo 817, al normar el régimen previsional de todo el personal activo y cesante de todos los organismos regulados por la Ley General de Presupuesto no ha desbordado la ley autoritativa, se ha mantenido en la materia precisa sobre la que se le otorgaron facultades, por lo tanto, en ese extremo la ley cuestionada es absolutamente constitucional.

En cuanto al artículo 20° del Decreto Legislativo 817 que crea el Tribunal de Administración Pública, éste forma parte del sistema previsional, esto es del régimen de pensiones, no es exactamente un órgano jurisdiccional sino que reemplaza al anterior "Tribunal del Servicio Civil", es la "última instancia administrativa respecto de las reclamaciones y controversias que versen sobre derechos y deberes previsionales de los servidores públicos", si no existiera, los servidores públicos que se rigen por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, caerían en una indefensión de sus derechos frente a su empleador, esto es el Estado.

Respecto a los artículos 26°, 27° y 28° de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia, son perfectamente constitucionales, no legislan sobre aspectos del ámbito judicial, no violan los principios y derechos de la función jurisdiccional; en relación al artículo 26°, es señalar una responsabilidad más a las ya contenidas en el artículo 201° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que no implica modificarla sino tomar como base el inciso 10) del referido artículo. Además, el artículo 26° precisa el delito que se cometería al violar esta responsabilidad, debido a que el artículo 200° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su segundo parágrafo que los miembros del Poder Judicial "son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones"; el artículo 27° tiene como sustento el inciso 7) del artículo 196° y el inciso 10) del artículo 177° del Texto Unico Ordenado del la Ley Orgánica del Poder Judicial estableciendo una prohibición más a los Magistrados que las ya contempladas, una incompatibilidad adicional.

En lo que respecta a la Novena Disposición Complementaria está dictada en el marco de las facultades delegadas, porque parte de la función legislativa es la de modificar o derogar normas de igual o menor rango constitucional que estén directamente vinculadas a la materia que se está legislando.

Al artículo 109° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos señala que en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 43° relativo a la nulidad de pleno derecho de actos administrativos dictados de manera contraria a la Constitución y a las leyes, y los que contengan un imposible jurí-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

dico, podrá declararse de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aún cuando éstas hayan quedado consentidas, siempre que agravien el interés público, con lo que se acredita que el Decreto Legislativo 817 no es inconstitucional, pues el procedimiento de declaración de nulidad por parte del Estado, sin término de prescripción, se encontraría recogido en la mencionada ley de procedimientos administrativos; de igual forma no opera el término de prescripción de seis meses establecido en el segundo parágrafo del artículo 110°, pues al concordarlo con el artículo 109°, el referido término no se aplica cuando de por medio existen dispositivos que agravian el interés público.

Argumentos de Fondo:

1.- Viola el Derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación

El artículo 1° del Decreto Legislativo 817 viola ambos principios, recogidos en el artículo 2° inciso 2) de la Constitución, excluye de estas mismas reglas a pensionistas de otros regímenes previsionales también a cargo del Estado, como aquellos sujetos al régimen de pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y Policiales, Decreto Ley Nº 19486 y normas conexas.

Viola el principio de que una pensión ya otorgada, no puede anularse por mero acto unilateral de la ONP sino por una sentencia judicial, de conformidad con el artículo 174° de la Constitución referida a pensiones militares, norma que se aplica por analogía ya que si existe la misma razón existe el mismo derecho, que no tiene que ser diferente para el caso de los pensionistas civiles, salvo que pretenda construir y/o promover una diferencia por razón de las personas.

Una interpretación analógica del artículo 174° no solo es coherente sino que está además respaldada por el artículo 3° de la Constitución, el mismo que posibilita reconocer el derecho a la seguridad jurídica que no se concede expresamente al pensionista civil frente a la seguridad jurídica que sí se concede al pensionista del régimen militar. Adicionalmente el artículo 139° inc 9) de la Constitución permite extraer una protección en ese sentido, ya que contrario sensu sino se puede aplicar por analogía una norma que restrinja un derecho, la analogía si es posible cuando por el contrario la norma se orienta a reconocer, proteger, o incluso llega a ampliar, como es precisamente este caso, la esfera de seguridad jurídica del derecho pensionario ya otorgado.

2.- Se viola el Principio de Irretroactividad de las Leyes y los Derechos Adquiridos de aquellos Pensionistas sujetos al Régimen del Decreto Ley 20530

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

a) Retroactividad

Al pretender la aplicación de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 817 a hechos, situaciones y relaciones jurídicas producidas antes de su entrada en vigencia, entra en franca colisión con el precepto constitucional contenido en el artículo 103° de la Constitución.

El principio constitucional de la irretroactividad de una ley contiene la prohibición de no aplicar una ley nueva a hechos y/o supuestos agotados o consumados con anterioridad a dicha ley, nacidos u ocurridos bajo el amparo y esfera de la aplicación de la ley antigua. El mandato es claro y su aplicación no admite dudas en su ejecución; sin embargo el tercer parágrafo del artículo 4° ordena que los derechos otorgados con anterioridad a la vigencia de dicha ley se sujetan a lo dispuesto por dicho dispositivo legal y a los estatutos de la ONP. No hay término medio cuando se trata de aplicación en el tiempo de la ley: o rige hacia el futuro como manda la Constitución, o rige hacia el pasado como lo establece el tercer parágrafo del artículo 4°. En este caso no se trata de aplicación inmediata de la ley, pues ello significaría que la nueva ley debe aplicarse sobre los hechos que ocurran durante su vigencia, pero no sobre hechos ya agotados o consumados con anterioridad, los cuales incluso han originado derechos ya obtenidos bajo las condiciones exigidas por las leyes anteriores vigentes inmediatamente a su ocurrencia.

b) Derechos Adquiridos

La Constitución en su Primera Disposición Final y Transitoria recoge la tesis de los derechos adquiridos, calificados en la doctrina como aquellos que "han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos"; al dictarse la mencionada norma constitucional se quiso establecer de forma indubitable que, cualquier régimen posterior no podría, en modo alguno poner en cuestión los derechos obtenidos por servidores públicos o por los trabajadores privados. El Decreto Legislativo, eludiendo la mencionada norma, contiene en sus artículos 4°, 5°, 8°, 12°, 13°; asimismo los artículos 7°, 9°, 10° y Sexta Disposición Complementaria incurren en evidente violación. Peor aún, y a pesar que por mandato expreso del inciso 2) del artículo 26° de la Constitución se plantea la posibilidad en los artículos 8° y 10° de que un trabajador activo sujeto al D.L 20530 regule o "venda" dicho derecho para ser incorporado al Sistema Privado de Pensiones.

El artículo 4° confiere a la ONP la atribución para recalificar expedientes relativos a derechos previamente adquiridos y más aún señala que tal facultad es imprescriptible. Tal irrestricta potestad, genera en el beneficiario una inmensa inseguri-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

dad, pues una situación definitiva se torna en una amenaza permanente en su contra.

El artículo 5º al definir como derechos legalmente obtenidos los que a criterio del Poder Ejecutivo lo son, desconoce resoluciones judiciales ejecutoriadas; atentando contra el principio de la cosa juzgada que norma el artículo 139º inciso 2) de la Constitución Política del Estado. Como norma declarativa de nulidad se encuentra contra lo establecido en la Constitución, pues un derecho adquirido y que se disfruta no puede ser desconocido, sin que la autoridad judicial lo haya declarado así mediante resolución firme y consentida.

El artículo 8º, norma de gran trascendencia dado que afecta los derechos adquiridos de los pensionistas y trabajadores, crea el "Régistro 20530" a cargo de la ONP, en el que se obliga a inscribirse a los pensionistas y trabajadores activos sujetos a dicho régimen previsional. Teniendo dicho registro carácter constitutivo vulnera el derecho de los pensionistas que no puedan presentar la documentación pertinente. Esta inscripción tiene por finalidad la calificación y reconocimiento de los derechos legalmente adquiridos por esos servidores, para lo cual deberán presentar la documentación necesaria a la ONP, dentro del plazo, forma y condiciones que se establecerá por Decreto Supremo; la norma dispone que la presentación de la documentación o información falsa determinará la pérdida automática de los derechos previstos en el referido régimen, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades señaladas por la ley.

Los artículos 12º y 13º ratifican la posible caducidad de los derechos pensionarios, sujetándolos a un trámite administrativo, cuando, de acuerdo al mandato constitucional los mismos se reconocen, sin condicionamiento alguno. El artículo 12º señala que el beneficiario del régimen del Decreto Ley 20530 que no haya solicitado su inscripción en el plazo señalado, perderá el derecho al pago de su pensión; la inscripción en el Registro constituye un mecanismo de revisión administrativa de los derechos pensionarios adquiridos, pues conforme al artículo 13º del Decreto Legislativo 817, la ONP sólo inscribirá a los pensionistas "una vez comprobados sus derechos legalmente obtenidos". En tal caso, les emitirá una Constancia de Reconocimiento de Derechos (CRD), que constituirá la única certificación válida de derechos previsionales dentro del régimen del DL 20530.

c) Se viola el derecho a una pensión de cesantía nivelable - topes

El segundo parágrafo del artículo 7º atenta contra lo dispuesto en la Primera Disposición Final de la vigente Constitución, dado que ésta no solo se refiere a lo normado por el Decreto Ley 20530, sino al conjunto de normas modificatorias, amplia-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

torias que se han dictado, desde que éste se promulgó, entre éstas se encuentra la Ley Nº 23495 y su reglamento, el Decreto Supremo 0015-83-PCM, normas que regularon el derecho a la nivelación y homologación que tienen las pensiones que perciben los cesantes comprendidos en el D.L 20530, ley dada dentro del marco establecido por la Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1979 que en forma genérica preveía este derecho, dejándolo regulado por ley especial. Es así como la Ley Nº 23495 fijó como únicos requisitos para que la pensión goce de nivelación que: a) se determine el cargo u otro similar al último cargo que prestó servicios el cesante o jubilado; y b) se efectúe con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías. No se estableció ningún requisito más; sin embargo, el Decreto Legislativo 817º introduce nuevos requisitos, además de los ya previstos, que son de difícil, sino de imposible cumplimiento, como que se practique la nivelación y homologación, el cesante sea: a) de igual régimen laboral -como el actual gobierno se ha dedicado a transferir al sector privado todo su aparato empresarial, o a variar el régimen existente en tales empresas. de público a privado, es de suponer que llegado el momento no va a existir la condición de trabajador activo público que permita tomarse como índice comparativo para nivelar las pensiones de los cesantes.- b) de igual régimen previsional -lo que significa que el trabajador activo debe pertenecer necesariamente al régimen del DL 20530 y no a otro régimen previsional, a fin de que sirva como pauta de nivelación de pensiones.- c) de igual entidad; ampliar los requisitos que fueron establecidos por la ley Nº 23495 y que están consagrados en la Primera Disposición de la actual Constitución hasta volver imposible la nivelación homologación de la pensión, es atentar en forma frontal con la referida norma constitucional, pues se busca que las pensiones queden congeladas en el monto y en el tiempo, creando así un mecanismo de nivelación relativa.

El mismo precepto indica que si ello no es posible, se aplicará un mecanismo de reajuste de las pensiones que queda sujeto al arbitrio, libre y exclusivo, de la ONP, siempre y cuando observe los principios de equidad y equilibrio presupuestal, la disponibilidad de recursos, las conclusiones de los estudios actuariales que realice y la opinión favorable de las Direcciones Generales del Presupuesto Público y del Tesoro Público, pudiendo establecer límites no determinados por la ley.

El Decreto Ley 20530 y la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 otorga a quienes han prestado servicios al Estado durante mas de 20 años, el derecho a una pensión de cesantía nivelada con los haberes de los trabajadores en actividad de las respectivas categorías.
La Constitución de 1993 ha consagrado, además, el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria con lo establecido en su Primera Disposición Final y

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Transitoria; este principio se aplica a los casos de sucesión normativa peyorativa o de derogación de una norma a cuyo amparo se obtuvo una condición mas beneficiosa que la establecida o suprimida por una norma posterior y consiste en que el titular del derecho o beneficio adquirido en virtud de la norma derogada, lo conservará, no siéndole aplicable la norma posterior peyorativa o menos beneficiosa; por consiguiente, de acuerdo con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Vigente la octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y las normas legales y reglamentarias, bajo las cuales los pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530 adquirieron su derecho a pensión renovable y nivelada, tienen efectos ultractivos para dichos pensionistas, siendo, por ello, aplicables para todo lo concerniente al contenido, alcances y, en general, el ejercicio de aquel derecho.

La Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 confiere jerarquía constitucional al derecho de los pensionistas del Estado a la Pensión homologada y nivelada, modificando las condiciones y requisitos para su adquisición establecidos por el Decreto Ley 20530, y deroga la posibilidad de imponer un tope a dichas pensiones en las leyes anuales de presupuesto, previsto por el artículo 57° de dicha ley; en otras palabras: la unida de medida y referencia obligatoria para determinar la pensión del cesante es la remuneración del servidor en actividad, y el derecho de aquel consiste en que el monto de su pensión sea igual a la remuneración de éste, debiendo, a tal efecto, incrementarse, cada vez que se reajuste ésta. En tal sentido, el único límite o TOPE a que puede sujetarse la pensión de cesantía es el que resulta del monto de la remuneración del trabajador activo, ya que, obviamente, aquella no puede ser superior a esta. Pero, tampoco, inferior, pues la ley, establece que deben ser iguales.

Si bien el artículo 57° del Decreto Ley 20530 determinó que por ley del presupuesto nacional se podía imponer topes a las pensiones, también es el hecho de que con la Ley 23494 esta disposición quedó "inoperativa" al disponer la norma legal en comentario que las pensiones con más de 20 años de servicios, gozaban del derecho de nivelación y homologación, que significa que la pensión del cesante debe ser igual a la remuneración de un trabajador activo, con lo que se indica expresamente que el único tope existente a la promulgación de la Constitución de 1993, era el sueldo de un trabajador activo del mismo cargo y categoría que tuvo el jubilado al cesar. Por lo que para modificar, este mandato necesariamente se tendría que recurrir a la reforma constitucional observando los mecanismos que la Carta Magna establece.

3. Se viola el principio Constitucional de Cosa Juzgada y el Principio de Definitividad de las Resoluciones Administrativas.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Prescripción - cosa juzgada

El artículo 4º del Decreto Legislativo 817:

1) Concede facultades extraordinarias a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) para declarar la nulidad administrativa de derechos que, como las pensiones sólo pueden retirarse por sentencia emanada de órgano jurisdiccional competente, tal y conforme lo establece el artículo 174º de la Constitución, principio aplicable analógicamente a los pensionistas de los demás regímenes pensionarios a cargo del Estado;

2) Establece que la ONP tiene facultades "imprescriptibles" para declarar nulos "de pleno derecho" los actos que hubieren reconocido en el pasado derechos pensionarios en el marco de la 20530; sin embargo y de acuerdo a lo establecido por el artículo 139º inc. 13) de la Constitución, la prescripción produce los efectos de cosa juzgada, esto significa que cualquier acto público o privado o resolución administrativa o judicial que otorgue o reconozca un derecho, y que no sea cuestionado en el plazo de ley, no puede ser posteriormente cuestionado o modificado porque entonces se estaría violando los efectos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad de la cosa juzgada, establece además la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada;

3) Ignora lo dispuesto en el artículo 2001º inciso 1) del Código Civil que establece que "la acción de nulidad de los actos jurídicos en sede judicial prescribe definitivamente a los 10 años de producidos éstos", cuanto el artículo 110º del Decreto Ley 26111 o Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos que establece que, en sede administrativa, el plazo de prescripción de esta misma facultad para anular las resoluciones prescribe a los 6 meses de ser expedidas éstas, si de lo que se trata es de modificar las normas vigentes al respecto en el Código Civil o en la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el Poder Ejecutivo habría excedido nuevamente la materia específica de la delegación legislativa por parte del Congreso, lo que acarrearía su inconstitucionalidad.

4) Esta facultad imprescriptible atenta contra la intangibilidad de los derechos adquiridos. Tal irrestricta potestad genera en el beneficiario una inmensa inseguridad, pues una situación definitiva se torna en una amenaza permanente en su contra.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La cosa administrativa que causa estado, no puede volver a ser revisada en sede administrativa, sólo lo puede ser en la vía judicial, nadie se opone a que las incorporaciones al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530 que hayan sido en contravención a normas expresas, sean declaradas nulas; lo que es ilegal y abusivo es que sea la sede administrativa, la ONP, quien lo dictamine, resuelva y ejecute la nulidad, el Poder Judicial como órgano del Estado encargado de resolver, si el acto de incorporación es nulo o no, lo que significa que las partes sean oídas, aporten sus pruebas y hagan uso de los recursos impugnativos que las ley procesal les franquea y que luego de todo ello, se resuelva la controversia.

El derecho legalmente obtenido, solo puede ser declarado nulo conforme a lo dispuesto por el artículo 43º del TUO de la ley de normas generales de procedimientos administrativos, que establece las causales que vician de nulidad de pleno derecho a los actos administrativos, estando la autoridad administrativa facultada para obrar de oficio, incluso cuando las resoluciones respectivas hubieren quedado consentidas. No obstante esta facultad esta sometida a un plazo de prescripción que el artículo 110º de la misma norma señala en 6 meses a partir que las resoluciones administrativas hayan quedado consentidas; vencido este plazo, la administración carece de facultad para declarar la nulidad de sus propias resoluciones, debiendo acudir al poder judicial para obtener dicho pronunciamiento, cuando el interés público haya sido agraviado.

La facultad dada a la ONP para declarar de oficio, la nulidad de las incorporaciones y reincorporaciones al régimen del Decreto Ley 20530, que a su criterio se hayan producido con infracción a la ley y el Decreto Legislativo 763 y que dicha facultad sea imprescriptible vulneran el artículo 148º de la Constitución que reconoce el principio de definitividad de las resoluciones administrativas al señalar que "las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa" esta norma que no diferencia entre la impugnación deducida por el ciudadano o la administración, acredita que nuestra carta política descarta la posibilidad de la "provisionalidad" o "no definitividad" de los actos y resoluciones administrativas; por otro lado se vulnera, además, el principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 103º de la Constitución, al darle dicho efecto a la ley, toda vez que las resoluciones administrativas de reconocimiento de servicios y otorgamiento de pensión, no pueden ser anuladas o revocadas una vez transcurrido el plazo de prescripción para que la Administración ejerza esa facultad, el cual, según el artículo 110º del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos administrativos es de seis meses.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

4.- Violación a los principios y derechos que corresponden a la función jurisdiccional

El Artículo 26° viola la independencia del Poder Judicial consagrada en el artículo 139° inciso 2) dado que prohibe a los jueces expedir resoluciones judiciales que "contravengan las normas y principios establecidos en la presente ley bajo responsabilidad de incurrir en el delito tipificado en el artículo 418 de CP. Se ordena que ningún juez puede resolver contra lo dispuesto en dicho DL bajo sanción (o amenaza) de ser destituido y procesado penalmente; asimismo el precitado artículo constitucional establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, esto es concordante con lo establecido en el artículo 4° del D.L 757, Ley Orgánica del Poder Judicial.

La mencionada norma es redundante en la medida que su contenido no constituye una novedad en el sistema jurídico peruano. Es obvio que la inclusión de este artículo constituye una presión sobre los magistrados, a fin que no hagan uso del control difuso de constitucionalidad, consagrado en el artículo 138° de la Constitución. Dicha disposición constituye una interferencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial con la clara intención de limitar el control de constitucionalidad que los jueces deben de ejercitar sobre las leyes. La norma constituye una imposición de criterios imperativos a los jueces para la aplicación de la ley, dando aparente prioridad al DL sobre la propia constitución vulnerando el artículo 51° de la Constitución.

El artículo 27° del Decreto Legislativo viola artículo 139° inc. 2) de la Constitución, cuando se prohibe a los jueces actuar o conocer en procesos relacionados a la aplicación del régimen pensionario del Estado por el solo hecho de estar sujetos a la 20530 o que lo estén su cónyuge o ascendientes, establece causales de incompetencia que no han sido previstas en la ley orgánica ni en CPC, mucho menos por la ley autoritativa 26557. Se presume que si el juez no es retirado del proceso prevaricará violando la autonomía e independencia del Poder Judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva; asimismo viola el principio constitucional de coordinación entre los órganos de poder, traducido entre otros, en el mandato constitucional de que el ejecutivo debe cumplir y hacer cumplir las resoluciones judiciales.

El artículo 28° interfiere en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y retraso en la ejecución de las sentencias, retarda el cumplimiento de las sentencias que se encontraban pendientes de ejecución, disponiendo que las mismas sólo se cumplirán a partir del año siguiente. La 1era. Disposición ordena la suspensión de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

los procesos judiciales en tanto que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial establezca los procedimientos pertinentes. Estas Disposiciones vulneran el artículo 139º inc 2). El texto de este artículo y segundo parágrafo de la 1era. disposición complementaria del DL difieren ejecución de los procesos y eventualmente desconocer las decisiones judiciales si luego el derecho pensionario reconocido recalificado negativamente por la ONP y en consecuencia anulado.

Primera Disposición Complementaria constituye un atentado contra el debido proceso, viola este principio regulado por el inc 3) del artículo 139º de la Constitución, este principio implica que la causa sea resuelta ante el órgano jurisdiccional permanente del Estado, legítimamente constituido. Se trata del derecho de las personas a ser juzgadas dentro de la jurisdicción que con anterioridad ha previsto la ley. Se veda el nombramiento de los tribunales con posterioridad al hecho -ex post facto- para juzgar determinadas causas así como proscribe el juzgamiento por comisiones nombradas especialmente para el caso o delegación. Igualmente, no pueden establecerse procedimientos distintos a los previamente establecidos por la ley.

El Decreto Legislativo desvía los procesos del juez natural. El derecho al juez natural - aquel que determina enfáticamente que nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, natural que conforme a la ley de la materia corresponda de modo previo y objetivo.

La Segunda Disposición Complementaria faculta a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a crear instancias judiciales especializadas para la aplicación del DL. Ambos dispositivos modifican la LOPJ; de conformidad con el artículo 101º inc. 4) y 104º de la Constitución, no pueden delegarse materias relativas a las Leyes Orgánicas.

El Procurador Ad-Hoc nombrado por el Poder Ejecutivo y el apoderado del Congreso de la República al absolver el traslado de la demanda afirman que:

1.- Con respecto a la violación de los derechos a la igualdad ante la ley y no discriminación

El Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo señala:

Esta observación no se orienta a declarar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 817 sino, más bien, a promover que se incluya a policías y militares a fin de equipararlos a las restricciones porque ellos serían, a juicio de los demandantes, unos privilegiados, los demandantes deben tener presente que el prin-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

cipio aludido es de igualdad "ante" la ley y no el de igualdad de leyes. La Constitución, recogiendo un sagrado principio democrático del Estado de Derecho, exige que la misma ley sea aplicada a todos de la misma manera; pero no que todos tengan la misma ley.

Lo que violaría el principio de igualdad ante la ley es que el Decreto Legislativo 817 se aplicara de una forma a unos y de otra forma a otras (la misma ley) sin que existan diferencias en las situaciones en que unas y otras personas se encuentran.

Los demandantes consideran que la diferencia entre el régimen pensionario policial -militar y el régimen estatal de pensiones no respeta el principio de igualdad ante la ley, importa destacar aquí que el principio aludido es el de igualdad "ante" la ley y no igualdad de leyes-, cabe precisar que la analogía está completamente fuera de lugar ya que la norma del artículo 174° se refiere a una situación concreta, perfectamente delimitada por la Constitución y que no puede ser ampliada a otros campos que ella no contempla, no hay desigualdad alguna sino leyes diferentes para situaciones diferentes. La objeción de los demandantes parece dirigirse contra la Constitución en este caso, antes que contra el Decreto Legislativo.

El apoderado del Congreso señala que:

No se violan los principios derechos constitucionales de igualdad ante la ley y no discriminación, el hecho de que coexistan dos sistemas especiales uno para el personal militar y policial y otro para los comprendidos en el régimen del Decreto Ley N° 20530, no significa que se esté legislando con desigualdad, cada uno de ellos tiene un fondo distinto uno administrado por la Caja Militar Policial y otro por el Tesoro Público, por lo demás estos sistemas han coexistido con anterioridad al Decreto Legislativo 817.

La Constitución Política prevé un régimen especial para el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, por el cual se regulan por sus propias leyes, de conformidad con el artículo 168° de la Carta Fundamental; en cuanto al artículo 174° de la Constitución, es de resaltar que alude a la equivalencia de pensiones entre oficiales de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, "no estableciendo ninguna atingencia de desigualdad legal entre civiles y militares".

2.- Respecto al Principio de Irretroactividad de las leyes, a la intangibilidad de los derechos adquiridos, la imposición de topes

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo:

a) Retroactividad

El Decreto Legislativo 817 no viola la garantía constitucional de la irretroactividad de las normas, la objeción de los demandantes está vinculada al llamado respeto de los derechos adquiridos.
La pretendida violación constitucional argüida se refiere a la facultad de la ONP para revisar los expedientes sobre reconocimiento y calificación de los derechos pensionarios correspondientes al régimen del Decreto Ley N° 20530 y abrir un registro en el que deberán inscribirse todos aquellos que tengan derechos legalmente adquiridos, se afirma que esta facultad incurre en retroactividad y, por consiguiente, se viola los derechos adquiridos de los pensionistas, en tal caso llama la atención la defensa de los demandantes de los derechos fraudulentos, porque es preciso señalar que los derechos legalmente adquiridos nadie los discute y se seguirán gozando sin problema.

b) Derechos Adquiridos

Con relación a los derechos adquiridos, es verdad que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente establece que todo nuevo régimen social obligatorio en materia de pensiones no puede afectar los derechos que correspondan conforme a los Decretos Leyes 19990 y 20530; sin embargo cabe destacar que el Decreto Legislativo 817 no crea un nuevo régimen social pensionario sino que se limita a consolidar, concordar y establecer normas de control de la legalidad del otorgamiento de beneficios del Decreto Ley 20530 y normas complementarias. Por consiguiente, no estamos ante el supuesto de la Primera Disposición Final y Transitoria, sin embargo, si este fuera el caso su simple lectura muestra que los demandantes olvidan algo esencial: esta norma no reconoce todos los derechos pretendidamente adquiridos conforme a los Decretos Leyes 19990 y 20530 sino solo aquellos que lo hayan sido legalmente. Por consiguiente, hay dos condiciones a tal reconocimiento: que hayan sido obtenidos y que lo hayan sido legalmente.

c) Se viola el derecho a una pensión de cesantía nivelable sin topes:

Cabe señalar que el tope -al que hace referencia la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817- ha sido determinado por la ley 26557, expedida por el Congreso, en el inciso tercero de su artículo 2º. Por consiguiente, dado que la demanda se dirige contra el 817 y no contra le ley 26557 -cuya

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

constitucionalidad no ha sido objetada-, el Tribunal no puede pronunciarse sobre esa materia.

Si pese a ello el Tribunal juzgara que este punto es materia de la presente acción, cabe anotar que carece de todo fundamento. Los demandantes fundamentan su posición en una aplicación anacrónica de los mandatos constitucionales y en una interpretación distorsionada de la teoría de la irretroactividad. Ante todo se pretende invocar la Constitución de 1979 para fundamentar derechos hoy en día, cuando hace más de tres años nos rige una nueva Constitución y la de 1979 está derogada, una ley derogada ya no es ley, por consiguiente, no se puede incoar una norma que legalmente ya no es norma para pretender la ilegalidad de otra norma que si lo es. Pero además la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 ni siquiera forma parte del cuerpo permanente de la misma sino que regula situaciones relativas al cambio entre esa Constitución y la de 1936; lo que carece de toda vigencia actualmente.

Por último, la citada norma dispone que el llamado derecho de nivelación rige sólo por el término de 10 ejercicios, a partir del l° de enero de 1980. Por consiguiente desde el 1° de enero de 1990 -es decir, tres años antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución- el valor constitucional de esa regla que ordenaba la nivelación ha caducado por mandato de la misma Constitución que le dio origen y que estaba vigente hasta después que tal derecho constitucional desapareció.

El Apoderado del Congreso:

a) Derechos Adquiridos

El objeto materia del derecho laboral es diferente del de Derecho Previsional, el derecho de trabajo es el conjunto de normas destinado a regular la relación jurídica por la cual una persona natural denominada trabajador, se obliga libremente a ejecutar una obra o a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica llamada empleador, bajo su dirección o dependencia, mediante el pago de una remuneración periódica; de otro lado el Derecho a la Seguridad Social es el conjunto de normas destinado a regular los esfuerzos de una sociedad, con la finalidad de prevenir los riesgos sociales y reparar sus efectos, para ello se exige el cumplimiento estricto de las formalidades establecidas a fin de acogerse o beneficiarse con las prestaciones provenientes de la seguridad social.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Nuestra actual Constitución recoge este criterio en su Primera Disposición Final y Transitoria, por tal razón que la Décima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 precisa que los aspectos relativos a regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral sino de seguridad social.

Respecto de la teoría de los derechos adquiridos cabe anotar que no tiene fundamento constitucional, es decir ni la actual Constitución Política de 1979 ni la vigente carta la recogen, lo que sucede es que se relaciona erróneamente la teoría de los derechos adquiridos con el artículo 57° de la primera o el artículo 26° inciso 2) de la Constitución actual, referida a la irrenunciabilidad de derechos reconocidos por la Constitución y la ley en favor de los trabajadores, teoría que por lo demás constituye principio de derecho laboral.

Lo que propugna la teoría de los derechos adquiridos, es que la norma, bajo la cual el derecho se incorporó al patrimonio personal, continúe rigiendo aunque en el trayecto exista un momento en que la norma es derogada, teoría que no se aplica al caso concreto de las incorporaciones al Régimen Previsional del Decreto Ley 20530 y demás modificatorias, toda vez que dichas incorporaciones se efectuaron contraviniendo la ley; en consecuencia, nuestro sistema jurídico no adopta la teoría de los derechos adquiridos, sino la de los Hechos Cumplidos tal y como lo reconoce el artículo III del vigente Código Civil, según la cual la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, entendiéndose como tal las existentes al momento que ella entra en vigor. En consecuencia la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes.

La primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente no se refiere a los actuales regímenes sociales como son los normados por el Sistema Nacional de Pensiones Decreto Ley 19990 y el régimen cerrado del Decreto Ley 20530 y el Régimen del Decreto Ley 19846, Régimen de pensiones del Personal Militar y Policial, sino a nuevos regímenes sociales distintos a los antes mencionados; el Decreto Legislativo no crea un nuevo régimen pensionarios, lo contrario, esto es, que si lo crea; resulta contradictorio lo sostenido por los actores, pues de considerar que el Decreto Legislativo propone un nuevo régimen social, la acción de inconstitucionalidad, estaría basada únicamente en la violación de esta Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución y no en la supuesta inconstitucionalidad del contenido del todo el Decreto Legislativo 817; lo que hace esta Disposición es establecer que los derechos sociales deben ser legalmente obtenidos, con lo que este principio del Derecho Previsional es elevado a nivel constitucional.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

El artículo 5º del Decreto Legislativo 817 no vulnera para nada la autoridad de la cosa juzgada; es necesario tener presente la diferencia existente entre la cosa juzgada - pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre el cual no cabe se interponga recurso impugnativo, al haberse emitido resolución jurisdiccional en última instancia administrativa o cuando la parte interesada no la impugnó dentro del plazo de ley - y la cosa decidida - que es la que emite la Administración Pública y puede ser contradicha ante el órgano jurisdiccional mediante acción contencioso administrativa. Lo señalado en el artículo 5º no involucra la cosa juzgada.
El artículo 8º que crea el Registro lo hace con el objeto de consolidar toda la información relativa al régimen previsional del Decreto Ley 20530, en vista de que se encontraba de manera independiente en cada institución pública, generaba pronunciamientos diferentes que no permitían uniformidad en dicha materia. En cuanto a la presentación de información no se ajusta a la verdad pues, no es necesario que se presente toda la información que se declara, pues si la información tiene el carácter de declaración jurada, es la ONP, el organismo facultado para procesar las solicitudes, comprobando los derechos legalmente obtenidos, de conformidad con el artículo 13º del Decreto Ley 817.

En cuanto al argumento de que los artículos 12º y 13º ratifican la posible caducidad de los derechos pensionarios, sujetándolos a un trámite administrativo, cuando, de acuerdo al mandato constitucional los mismos se reconocen sin condicionamiento alguno, cabe precisar que la Constitución no ampara los derechos de manera incondicional, sino que por el contrario condiciona su validez a que éstos hayan sido emitidos según los derechos legalmente obtenidos.

b) Se viola el derecho a una pensión de cesantía nivelable sin topes.

En el marco constitucional en el cual se expidió el Decreto Legislativo 817 es el de la Constitución Política de 1993 donde no existe "taxativamente" el derecho a la pensión nivelable, si lo hace con el derecho a la seguridad social, que conforme al texto expreso y claro de la Constitución se trata de un derecho previsional que debe ser desarrollado por ley; ella señalará los requisitos y el tipo de pensión a otorgarse, así como el monto o nivel remunerativo de las pensiones.

El razonamiento inductivo que hacen los demandantes para concluir demostrando la "constitucionalidad" del derecho a la pensión nivelable constituye una falacia, por cuanto se utilizan premisas erróneas para arribar a dicha conclusión.

Es falso que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución confiera jerarquía constitucional al derecho de los actuales pensionistas del Estado

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

a la pensión homologada y nivelada, esta disposición lo único que hace es modificar uno de los requisitos para percibir la pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530, el de tener 30 años de servicio para percibir el beneficio es reducido a 20, pero no modifica lo referente al tope establecido por el art. 57° de este D.L., y en general ningún otro aspecto de éste régimen.

Es absolutamente falso que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 haya otorgado efecto ultractivo a la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979. El efecto ultractivo que alegan los demandantes no es sino, la aplicación ultractiva de la norma, después que ha sido modificada o derogada; la Primera Disposición Final y Transitoria de la vigente Constitución, se inicia con la siguiente frase "Los nuevos regímenes sociales obligatorio" es decir, la Constitución no hace referencia a los actuales regímenes sociales; el Decreto Legislativo 817, no crea un nuevo régimen social, es más, hasta la fecha no se ha creado un nuevo régimen social para los trabajadores públicos en el Perú.

El Constituyente de 1993 ha dejado claramente establecida la distinción entre los derechos adquiridos y los derechos legalmente obtenidos; el principio de condición más beneficiosa pertenece al derecho laboral.

3.- Con respecto a la violación del Principio Constitucional de cosa Juzgada y el Principio de Definitividad de las Resoluciones Administrativas

El Procurador Ad-Hoc del Poder Ejecutivo señala:

Los demandantes sostienen que las prescripción crea cosa juzgada y que al declarar el Decreto Legislativo en cuestión que es posible revisar los derechos mal obtenidos, se estaría violando la cosa juzgada; cabe recordar que la prescripción propiamente dicha es una institución de derecho privado y que no existe prescripción en sentido pleno de los actos de Derecho Público. Por eso, cuando se usa la palabra prescripción en el Derecho Administrativo, hay que entenderla en sentido débil, simplemente como vencimiento de un término legal. Y la prueba de que no puede tener ese carácter de cosa juzgada es que una vez agotada la vía administrativa, siempre cabe la vía judicial.

Así, cuando el artículo 110° del TUO de Normas Generales de Procedimientos Administrativos dispone que la facultad de la administración para declarar la nulidad prescribe a los 6 meses, de ninguna manera se está constituyendo es cosa juzgada. Si esa llamada "prescripción" no es sino un término dado por la ley para ejercer la facultad de declarar la nulidad, otra ley de la misma jerarquía lo puede modificar sin que ello implique discrepancia alguna con la Constitución.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La demanda agrega una presunta violación a la prohibición de revivir procesos fenecidos y ejecutoriados, se plantea que aquellos derechos que hayan sido reconocidos por sentencia judicial no pueden ser anulados por acto administrativo; y de esto no cabe duda alguna: la sentencia judicial constituye cosa juzgada y no puede ser desconocida; los demandantes utilizan este razonamiento válido para agregarle una ramificación inválida cuando añaden que la misma situación la tienen aquellos derechos que ya han sido calificados por la autoridad administrativa, lo que es incorrecto dado que el procedimiento administrativo no produce cosa juzgada, en consecuencia los que hayan obtenido fraudulentamente sus derechos y que no tengan una sentencia judicial que los ampare, están sujetos a una revisión que no implica retroactividad alguna sino el ejercicio de un principio básico de honestidad pública.

Se afirma que el parágrafo tercero del artículo 4° del Decreto Legislativo 817 crea una retroactividad en su aplicación al señalar que los derechos otorgados con anterioridad se sujetan a lo dispuesto por dicha ley; al respecto, es posible que la ley no haya sido lo suficientemente clara en cuanto a su sentido. Sin embargo, una interpretación adecuada aleja toda duda al respecto: los derechos anteriormente otorgados se sujetan a dicha ley en cuanto que serán materia de una revisión de la legalidad de su adquisición, precisamente para cumplir a cabalidad la Disposición Final y Transitoria Primera de la institución vigente. Pero no cabe duda de que aquellos que hayan sido legalmente obtenidos con anterioridad quedarán firmes e intocables.

El Apoderado del Congreso señala:

La interpretación analógica que se hace del artículo 174° de la Constitución no es correcta, pues dicho artículo se refiere a un régimen especial en el que para retirar a los titulares los derechos legalmente obtenidos, deberá efectuarse por sentencia judicial. Lo contrario significaría que la Constitución estaría convalidando actos ilegítimos, actos nulos, es decir inexistentes y que para retirarlos habría que recurrir al Poder Judicial.

Respecto de la imprescriptibilidad de derechos, no existe artículo constitucional que haya sido violado, la imprescriptibilidad está directamente relacionada y es consecuencia directa de un acto nulo, un acto nulo es inexistente, por lo tanto, no se puede alegar la inconstitucionalidad en esta materia.

El artículo 4° del Decreto Legislativo autoriza a la ONP al reconocimiento y calificación de derechos pensionarios legalmente obtenidos, es decir, evaluará todos y cada uno de los expedientes administrativos que concedieron el derecho a ingresar al régimen del Decreto Ley N° 20530, quienes adquirieron el derecho conforme a sus reglas tienen plenamente garantizado su derecho.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La nulidad de pleno derecho del acto administrativo, no es una novedad, ni es contrario a la Constitución, está prevista en el artículo 43º del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos; La concesión de una pensión a cargo del Estado es un acto administrativo, y es sobre estos casos que se declarará la nulidad de pleno derecho, en este sentido, la imprescriptibilidad que se ha establecido para los actos administrativos no guarda relación con el plazo de prescripción establecido en el artículo 110º del mismo TUO, ya que este artículo está referido a resoluciones administrativas. No se debe confundir la resolución administrativa con el acto administrativo que le dio origen, que si bien son conceptos relacionados son diferentes, un acto administrativo nulo nunca existió y jamás dará origen a derechos, por lo tanto puede ser declarado nulo en cualquier momento, además, el solo transcurso del tiempo no convalida la nulidad, más aun cuando se trata de normas de Derecho Público y específicamente de derecho previsional, donde prima el principio de los derechos legalmente obtenido.

En estos casos no opera el término de prescripción de 6 meses a que se refiere el artículo 110º del TUO, pues al concordarla con el artículo 109º del mismo texto, apreciamos que el referido término prescriptorio no se aplica cuando existen dispositivos administrativos que agravian el interés público, entendiendo por tal concepto "la utilidad o conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos".

El Estado mediante la ONP, organismo de la administración pública, se encuentra ampliamente facultada para revisar expedientes administrativos y declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos por los cuales se incorpora a servidores públicos al régimen previsional del Decreto Ley 20530, cuando éstos no hayan observado el cumplimiento de los requisitos.

En materia administrativa no existe "cosa juzgada" sino "cosa decidida" o "cosa que causa estado" y por ello mismo es posible objetarla en sede judicial mediante la acción contencioso administrativa. La cosa juzgada se da en sede judicial cuando una sentencia ha alcanzado el status de firme por ser consentida o ejecutoriada, tornándose de esta manera en irreversible, no pudiéndose volver a juzgar sobre los mismo hecho a las mismas personas.

4.- Violación de los Principios y Derechos que corresponden a la Función Jurisdiccional

Procurador Ad-hoc del Poder Ejecutivo.

En la demanda abre dos vías de denuncia de presuntas inconstitucionalidades:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de un lado, la creación de instancias judiciales especializadas, de otro lado la creación de un Tribunal de Administración Pública.

La Constitución establece solamente tres jurisdicciones (artículo 179° inc. 1): la ordinaria o natural y las dos excepciones que consisten en la militar y en la arbitral; por consiguiente, un desvió de jurisdicción predeterminada por la ley sólo puede presentarse cuando se fuerza al justiciable a pasar de una jurisdicción a otra. Pero no hay desvío de jurisdicción cuando se establecen distintas instancias en el interior de la justicia ordinaria, particularmente con el propósito de tratar los casos de manera más especializada.

La creación de un Tribunal de Administración Pública no constituye una violación de la independencia del Poder Judicial y no atenta contra el debido proceso; sin embargo, aún cuando la jurisdicción sólo puede ejercitarse por el Poder Judicial (y, excepcionalmente, por los tribunales militares y arbitrales), nada impide que antes de llegar la controversia al Poder Judicial pueda ser vista por instancias administrativas. Lo fundamental es que estas instancias sean previas y no impidan llevar finalmente el caso a la jurisdicción natural ante el Poder Judicial.

En el caso de autos, el inc. c) del artículo 24° del Decreto Legislativo 817 establece expresamente que las resoluciones que expida el Tribunal son impugnables en la vía judicial. Por tanto, no existe desviación de jurisdicción. Por el contrario su creación contribuye a garantizar el debido proceso en estas materias porque, de un lado se determina con claridad cuándo la vía administrativa ha quedado agotada (artículo 23°), de otro lado, se otorga una garantía adicional al reclamante ya que permite una doble instancia dentro del mismo proceso administrativo, con la posibilidad de que sus reclamos sean escuchados y sopesados con todo detalle.

En cuanto a los artículos 26°, 27° y 28° de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia y debieron ser tratadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial dado que no se trata de materia delegable.

Artículo 26°. Se trataría en todo caso de una redundancia dado que los jueces siempre deben resolver de acuerdo a la Constitución y a las leyes, el principio de legalidad y constitucionalidad a que se refiere la norma es una de las piedras angulares de nuestro sistema jurídico. Se puede decir en todo caso que se trata de una redundancia porque los jueces siempre deben resolver de acuerdo a la Constitución y las leyes, pero, redundancia no es sinónimo de violación, por el contrario insistencia en el cumplimiento de una ley.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Artículo 27°. Los impedimentos de los jueces frente a los casos concretos que conocen no están normados por la Ley Orgánica del Poder Judicial sino por el Código Procesal Civil que no es una ley orgánica, por otro lado, agregar este impedimento no es violar la autonomía e independencia del Poder Judicial sino, por el contrario asegurarlas, la norma citada no está modificando los requisitos para ser juez sino simplemente crea una presunción de interés de parte en el proceso y, por consiguiente establece un impedimento más para conocer ciertos casos. Todo lo que se hace es añadir un impedimento a los que contemplan los artículos 305° y 307° del Código Procesal.

Artículo 28°. Se limita a adecuar la situación a las exigencias presupuestales, a fin de que lo ordenado pagar por las sentencias judiciales se encuentre provisto de los fondos necesarios en el Presupuesto de la República. Nadie puede pretender que el Estado pague al margen del Presupuesto. De manera que legislar sobre éste punto es facilitar la aplicación y el funcionamiento eficiente del régimen de pensiones.

Primera Disposición Complementaria.- La objeción central está planteada por los demandantes en torno de la regla que establece que las sentencias de esta materia serán cumplidas a partir del 1° de enero del año entrante, este hecho es derivado de que el gasto público está sometido a un presupuesto y este se aprueba anualmente. No hay, pues otro medio para que el Estado pague sus deudas que consignándolas en el presupuesto; y, por consiguiente, el pago tiene que hacerse en el año siguiente. De otro lado, esto ha sido siempre así y no constituye novedad alguna.

2da Disposición Complementaria, con respecto a ella se aduce que incursionaría en el área de la Ley Orgánica al facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para crear instancia especializadas, en este punto no estamos ante una competencia exclusiva de una ley orgánica, y no podemos estarlo porque si el propio poder judicial no pudiera crear en su interior salas especializadas y requiriera cada vez una modificación de su Ley Orgánica para hacerlo, no habría manera de organizar seriamente la administración de justicia, es por ello que la propia Ley Orgánica facultó en su artículo 80° inciso 18) a la Sala Plena de la Corte Suprema para crear y suprimir Distritos Judiciales, Salas y Juzgados, cuando así lo requiera para la rápida y eficaz administración de justicia - La misma Ley Orgánica, en su artículo 82° incisos 28) y 29) establece como atribuciones del Consejo de Gobierno del Poder Judicial las de proponer a la Sala Plena la creación de Salas Superiores y la creación y reubicación de Salas y Juzgados especializados. Estas facultades fueron más

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tarde encargada a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial en virtud de la Ley Nº 26546, por todo ello no existe ningún impedimento legal para que el Decreto Legislativo 817 inste al Poder Judicial para ejercer esas facultades y proceda a crear instancias para resolver mas rápidamente y mejor los casos de previsión social. El Decreto Legislativo se limita a ratificar esa facultad que ya tenía por efecto de su propia Ley Orgánica y que demás disposiciones sobre la materia.

El Apoderado del Congreso señala:

En cuanto a los artículos 26°, 27° y 28° de los cuales se afirma que legislan materia concerniente al ámbito de administración de justicia, son perfectamente constitucionales, no legislan sobre aspectos del ámbito judicial, no violan los principios y derechos de la función jurisdiccional.

Respecto al artículo 26°, lo que hace es señalar una responsabilidad más, a las ya contenidas en el artículo 201° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que no implica modificarla sino tomar como base el inciso 10) del referido artículo. El artículo 26° señala una responsabilidad más, y además precisa el delito que se cometería al violar esta responsabilidad, debido a que el artículo 200° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su segundo parágrafo que los miembros del Poder Judicial "son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones"; no vulnera el artículo 51° de la Constitución, no se afirma que ello suceda de modo indubitable, es menester para tal efecto citar uno de los considerandos de la sentencia del TC recaída en el expediente Nº 005-96-I-TC, que señala que: "En consecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no en base a interpretaciones o deducciones controvertidas"; por lo tanto no existe incompatibilidad sino que por el contrario este artículo incide o enfatiza el contenido del artículo 51° de la Constitución. El mandato del artículo 26° en el sentido que los Magistrados están obligados a no amparar derechos contrarios a las normas constitucionales se encuentra concordado en el artículo 138° de la Constitución; es decir, se encuentra arreglado a lo expresamente contemplado en el artículo 138°.

El artículo 27° tiene como sustento el inciso 7) del artículo 196° y el inciso 10) del artículo 177° del Texto Unico Ordenado del la Ley Orgánica del Poder Judicial estableciendo una prohibición mas a las ya contempladas a los Magistrados, una incompatibilidad adicional.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

El artículo 28º. No consagra interferencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y retraso en la ejecución de las sentencias. No es inconstitucional porque tiene como base el artículo 77º de la Constitución Política del Perú, que contempla el "principio de legalidad presupuestaria" o "principio de equilibrio presupuestario". La Primera Disposición Complementaria no constituye atentado contra el debido proceso. Es pertinente señalar que el debido proceso es un concepto que según la doctrina jurídica se entiende como el derecho de todos los justiciables; que les permite, una vez ejercitado el derecho de acción, acceder a un proceso que reunía los requisitos mínimos que lleven al órgano jurisdiccional a pronunciarse de manera justa y equitativa; es decir, que solo si un proceso observa los requisitos mínimos de administración de justicia podrá ser calificado como "debido". De igual modo, es necesario precisar que se entiende como tutela jurisdiccional efectiva, como aquel concepto bastante amplio ligado a determinadas instituciones procesales, tales como el derecho de acción para acceder a un proceso, el derecho a obtener una resolución judicial basada en el derecho y la efectividad de resoluciones judiciales, a que el "procedimiento sea emitido por el órgano facultado para administrar justicia". En el caso de autos la aludida inconstitucionalidad carece de todo fundamento, toda vez que no sólo determinados artículos sino que en la totalidad de aquellos que integran el Decreto Legislativo 817, se ha respetado las reglas del debido proceso y la tutela Jurisdiccional efectiva que se encuentran garantizados por la creación por parte de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial de las instancias competentes para conocer asuntos en materia previsional.

Segunda Disposición Complementaria. Se encuentra en armonía con el proceso de modernización y reestructuración del Poder Judicial, ya que de conformidad con lo dispuesto en esta Disposición Complementaria, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial se encuentra facultada para crear instancias judiciales especializadas en materia previsional, es así como dentro de éstas funciones se expide la Resolución Administrativa Nº 131-CM-PJ, que constituye en la Corte Superior de Justicia de Lima, una Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, que conoce de todos los procesos que derivan de la aplicación del DL 817; asimismo autoriza el funcionamiento de un Juzgado Previsional Transitorio en el Distrito Judicial de Lima, encargado del conocimiento de todos los expedientes en materia previsional.

La Resolución Administrativa Nº 213-CM-PJ establece que la Sala Contenciosa Administrativa conocerá en segunda instancia jurisdiccional y que los procesos

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

pendientes de fallo en materia previsional continuarán tramitándose ante los juzgados especializados en lo civil en los Distritos Judiciales, a excepción del Distrito Judicial de Lima en donde funcionará el Juzgado Especial Previsional.

FUNDAMENTOS:

Considerando:

Naturaleza del Petitorio

1. Que, conforme se desprende del petitorio de las demandas acumuladas en la Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 817, el objeto de éstas es que se declaren inconstitucionales diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, por cuanto habrían transgredido a la Carta Magna, bien por la forma o bien por el fondo.

Exceso de facultades delegadas.

2. El artículo 104° de la Constitución Política del Estado prevé la atribución del Congreso para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecido en la ley autoritativa; señala, asimismo, que no pueden delegarse materias que son indelegables a la Comisión Permanente, como son las relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

3. El Congreso de la República, mediante Ley N° 26557, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otros asuntos, sobre el régimen de pensiones aplicables al personal de los organismos e instituciones de los volúmenes 1 al 6 de la Ley de Presupuesto del Sector Público, estableciendo como tope el sueldo de un Congresista; en cuya virtud, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo 817, el mismo que ha sido cuestionado por haber excedido la materia específica que fue objeto de la delegación. Los artículos cuestionados de dicho decreto legislativo, son los signados con los numerales 4°, 20°, 26°, 27°, 28°, Segunda y Novena Disposición Complementaria, los mismos que a continuación se analizan.

4. El segundo parágrafo del artículo 4° del decreto legislativo cuestionado señala que "La declaración de nulidad es imprescriptible se realiza de oficio y se formaliza por resolución administrativa de la ONP"; el mismo en el que se cuestiona la imprescriptibilidad de la declaración de nulidad que, como competencia, se le ha asignado a la ONP, ya que elimina, sin estar facultado para ello, el plazo

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de prescripción señalado por el artículo 110º del Texto Unico Ordenado de la Ley de Procedimientos Administrativos, ley que es de aplicación general y no sólo limitada a materia previsional, que es la única en la que la ONP es competente. En tal sentido, este Colegiado entiende que lo establecido en el segundo parágrafo del artículo 4º de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, es una norma de derecho público, que modifica sustancialmente lo regulado en el antes referido artículo 110º del Texto Unico Ordenado de la Ley de Procedimientos Administrativos, modificación que no fue autorizada en la ley de delegación de facultades, por cuanto ésta estaba referida entre otras materias, a la de regímenes de pensiones.

5. Asimismo se cuestiona la constitucionalidad del artículo 20º, dado que al crear el Tribunal de la Administración Pública, el Poder Ejecutivo estaría legislando en materia reservada exclusivamente al Congreso de la República, tal y como lo señala el inciso 1) del artículo 102º de la Constitución, que prescribe que es una atribución del Congreso "Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes" así como el artículo 104º de la propia Constitución, que señala que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar.

En ese sentido este Colegiado estima que la creación de una Sala Previsional como parte integrante del Tribunal de Administración Pública, no supone el ejercicio excesivo de las facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo, pues ésta forma parte también del ámbito del régimen previsional a cargo del Estado. No sucede lo mismo, sin embargo, con el caso específico de la Sala con facultad para conocer reclamaciones laborales, pues su creación excede la materia específica de la ley autoritativa, y, por conexión, de conformidad con el artículo 38º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tal ejercicio inconstitucional de las facultades delegadas ha de reputarse respecto del inciso b) del artículo 21º, el segundo parágrafo del artículo 22º, la segunda parte del inciso a) del artículo 24º, que desarrollan las competencias, composición y recursos impugnativos a interponerse en dicha Sala Laboral de carácter administrativo.

6. Los artículos 26º, 27º, y 28º, legislan sobre aspectos referidos a la administración de justicia, en cuanto a la competencia y sanciones aplicables a los jueces y fiscales que intervengan en procesos que versen sobre materia previsional, así como sobre la ejecución de las resoluciones expedidas, si bien estos artículos norman aspectos relacionados con lo previsional, su regulación expresa no puede estar contenida en una norma específica en materia de regímenes de pensiones, sino en materia de procedimientos ante la autoridad jurisdiccional

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

competente, extremos sobre el cual no existió delegación de facultades, por lo que estos artículos, por la forma, son inconstitucionales.

7. Además, el artículo 27°, al señalar que los magistrados y fiscales que se encuentren sujetos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530°, o cuyo cónyuge o ascendientes se encuentren en tal situación, están impedidos de conocer o actuar en procesos judiciales que versen sobre la aplicación de dicho régimen pensionario, está legislando en materia específicamente reservada a leyes orgánicas, tanto del Poder Judicial, cuanto del Ministerio Público. En caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es el artículo 197°, el que expresa en forma taxativa lo que les está prohibido a los magistrados; y en referencia a la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Título I regula, en su artículo 20°, lo relativo a las prohibiciones que los Fiscales tienen en el ejercicio de la función jurisdiccional. La Constitución determina en su artículo 104°, parágrafo segundo, que "no pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente", y precisando el artículo 101° inciso 4) de la misma, que no es posible delegar a la Comisión Permanente, materias relativas a leyes orgánicas, y esto es perfectamente lógico, por cuanto el artículo 106°, señala en su segundo parágrafo que para la aprobación o modificación de leyes orgánicas, "se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso"; de donde se concluye, pues, que el artículo 27° del Decreto Legislativo 817, es inconstitucional.

8. Se impugna también la Segunda. Disposición Complementaria del decreto legislativo cuestionado, ya que en ella se faculta a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a crear instancias judiciales especializadas para la aplicación del Decreto Legislativo 817. En ese sentido este Colegiado estima que si bien es una facultad de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial la creación de las instancias jurisdiccionales especializadas, la facultad otorgada a la misma por el Decreto Legislativo 817 deviene en inconstitucional, ya que en puridad su autorización no se encuentra relacionada con los regímenes de pensiones que la ley autoritativa, en calidad de materia específica, autorizó a dictar al Poder Ejecutivo.

9. Finalmente, se reputa la inconstitucional, por la forma, de la Novena Disposición Complementaria, en tanto ella deroga la Ley N° 10772 y sus normas complementarias y modificatorias, y declara, además, cerrado dicho régimen complementario; asimismo, en tanto que el tercer parágrafo de dicha disposición declara nulos de pleno derecho y sin valor ni efecto legal, los acuerdos y resoluciones que extendieran indebidamente los alcances de dichas normas.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

A juicio de este Colegiado, la novena disposición cuestionada está regulando un ámbito de la materia previsional, esto es, derogando una ley que otorgaba derechos y beneficios previsionales a un determinado grupo de trabajadores que estaban sujetos a la misma, lo cual no supone un exceso de las facultades delegadas específicamente al Poder Ejecutivo; una apreciación respecto a la inconstitucionalidad o no de la misma es materia de un análisis más profundo, el cual se realizará en la parte correspondiente a la retroactividad en la aplicación del Decreto Legislativo Nº 817.

Igualdad ante la ley y no discriminación

10. Que, conforme lo enuncia el artículo 10º de la Constitución, el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le "asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos", de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del estado.

11. Que el Régimen del Decreto Ley 20530 es uno de los regímenes previsionales a cargo del Estado que tiene características propias que lo diferencian e individualizan respecto de los demás, en tal sentido no se vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y a la no discriminación cuando el legislador, en uso de sus facultades, expide una norma que solamente afecta a uno de éstos, siendo la vocación de tal norma la de aplicarse a todos los comprendidos en ésta, en la misma forma y sin distingos.

Principio de irretroactividad de las Leyes y los Derechos Adquiridos de aquellos pensionistas sujetos al régimen del Decreto Ley 20530 - Pensión nivelable - Topes.

12. Los demandantes señalan que los artículos 4º, 5º, 7º, 8º, 10º, 12º, 13º, y Sexta y Novena Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 vulneran los artículos 26º inc. 2), 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

El artículo 103º de la Constitución Política del Estado consagra el principio de que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, es decir que una ley rige para adelante, no puede retrotraer sus efectos hacia hechos acaecidos con anterioridad, pues si lo hace sería abiertamente inconstitucional. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 109º del Texto Constitucional la ley es obligatoria a partir

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

del día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

13. La Disposición Complementaria Décimo Segunda del Decreto Legislativo 817 señala que éste entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del veinticuatro de abril de mil novecientos noventiséis, "siendo de aplicación a procedimientos administrativos y judiciales en trámite en cuanto corresponda", debiendo tenerse presente esto último dado que presupone respeto al conjunto de normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico -que, en modo alguno, puede variar dado que se trata de un norma legal expedida al amparo de una delegación específica: regímenes de pensiones-. En tal sentido, la Disposición Final Segunda del Código Procesal Civil establece que:" las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso a procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado". La precitada Disposición Complementaria no es, en tal contexto, inconstitucional, pues la intención del legislador no es la de establecer la aplicación retroactiva de la norma - en cuanto a normas de procedimiento que pudiera establecer.

Tal y como queda anotado, el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuren a partir de su entrada en vigencia, en tal sentido siendo una norma con rango de ley puede válidamente modificar otra preexistente, la misma que se aplicará desde su entrada en vigencia en adelante.

14. El segundo y tercer párrafo del artículo 4º del Decreto Legislativo 817º contraviene expresamente el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en nuestro texto constitucional, siendo por tal razón inconstitucional.

Finalmente, la Sexta Disposición Complementaria del aludido decreto legislativo señala que entrará en vigencia a partir del lo de julio de mil novecientos noventiséis.

En términos generales, respecto al tema de la retroactividad, este es el marco constitucional y legal dentro del cual deberán analizarse todas las normas impugnadas.

15. La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado señala: "los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias". Una correcta interpretación

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, entendiéndose por derechos adquiridos "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos".

16. Se ha señalado que la protección que la Constitución brinda a tales derechos solamente operaría ante la creación de un nuevo régimen pensionario, no siendo este el caso, dado que el Decreto Legislativo 817 no crea un nuevo régimen pensionario limitándose a consolidar, concordar y establecer normas de control de la legalidad del otorgamiento de beneficios del Decreto Ley 20530 y normas complementarias; en este extremo, se hace necesario precisar que lo que el Constituyente estableció es el derecho fundamental que tienen un grupo determinado de personas pensionistas de los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530- a que se respeten los derechos por ellos adquiridos al amparo de los referidos Decretos Leyes, de modo tal que al legislador le es vedado restringirlos o negarlos; si estas condiciones no las puede variar ni siquiera un nuevo régimen, con mayor razón no podrá hacerlo una norma cuyas disposiciones están referidas casualmente a los pensionistas de los regímenes ya mencionados. De donde se desprende que el primer y principal derecho adquirido es el derecho a ser pensionista de los Regímenes contemplados en los decretos leyes 19990 y 20530, calidad que ninguna norma legal puede variar sin incurrir en flagrante violación a lo establecido en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

17. En segundo término, este respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria, en relación a un grupo determinado de personas -pensionistas de los precitados regímenes- permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultractivamente - la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente -a un grupo determinado de personas- que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente -permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte, y que el legislador peruano ha optado ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

jurídicas preexistentes. En ese sentido, es necesario analizar cuales son las normas vigentes al momento de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817.

18.- La Constitución de 1979, en su octava Disposición General y Transitoria ordena: 1) modificar y unificar -para hombres y mujeres- el ciclo laboral para acceder a la pensión nivelable estableciéndolo en 20 años, señalando, además, que el referente para nivelar son los haberes de los servidores públicos en actividad -del mismo cargo- con lo cual queda automáticamente derogado el artículo 57º del Decreto ley 20530 referido a la posibilidad de imponer topes a las pensiones y, 2) Una medida transitoria, en cuanto al pago de las pensiones que gozan de tal derecho, al establecer una nivelación progresiva en un lapso máximo de diez ejercicios, a partir del 1º de enero de 1980, después del cual la nivelación de pensiones continuará en forma permanente, sin estar sujeta a ninguna progresión en el tiempo, tal y como lo establecen la ley Nº 23495, dada dentro del marco establecido por la octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y reglamentada por Decreto Supremo Nº 0015-83-PCM, en la que se regula el derecho a la nivelación y homologación que tienen las pensiones de los cesantes comprendidos en el Decreto Ley 20530. El artículo 5º de la Ley Nº 23495, dispone, además, que "cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad".

Siendo el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley Nº 20530, 1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5º del mismo, y 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces, derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente.

Como resulta evidente la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos de aquel grupo de personas que tienen bajo el criterio antes mencionado un derecho adquirido, razón por la cual, la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional.

19.- Llegados a este punto del análisis, queda por definir a quiénes se les puede aplicar ultractivamente las ya referidas disposiciones, y para ello es necesa-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

rio determinar desde qué momento se adquiere el derecho a la pensión nivelable. En tal sentido, este Tribunal considera que como el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias, señalan cuáles son los requisitos necesarios para gozar de tal beneficio y la forma como ésta se efectivizará, la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos, aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente, por cuanto éste incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley que no está supeditado al reconocimiento de la administración, que no es la que en modo alguno otorga el derecho, que como se ha recordado, nace del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Es así, que aquellos que se encontraban bajo el amparo del régimen del Decreto Ley 20530, que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817, ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por la norma, esto es, haber laborado veinte o más años de servicios; tienen derecho a una pensión nivelada, conforme lo dispuso en su oportunidad el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias.

Respecto de aquellas personas sujetas al régimen del Decreto Ley 20530 que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto. Legislativo 817 -esto es el veinticuatro de abril de mil novecientos noventiséis- no alcancen 20 años de servicios, no tendrán derecho a una pensión nivelable con las condiciones que establece el mencionado Decreto Ley, pues aún no habrían adquirido tal derecho, estando sujetos al régimen de pensión nivelada bajo las condiciones que establece el Decreto Legislativo 817 en su artículo 7°.

En consecuencia, el primer parágrafo del artículo 4° debe entenderse bajo el criterio establecido en la fundamentación precedente.

20. No sucede lo mismo, sin embargo, con la precisión que se hace en el artículo 4°, en el sentido de que la ONP es la única entidad competente para otorgar derechos pensionarios adquiridos al amparo del D.L. Nº 20530, pues como ya se ha precisado, la ONP no está en tal capacidad, dado que el derecho a la seguridad social es un derecho universal, consagrado como tal en el artículo 10° de la Constitución, correspondiéndole, además, no desconocer los derechos adquiridos por aquellas personas sujetas al régimen del D.L. Nº 20530, por que con ello se estaría violentando la Primera Disposición Transitoria de la vigente Constitución, que consagra los derechos adquiridos por estos, al amparo del D.L. antes referido y su modificatorias; asimismo, también lo es, la primera parte del segundo parágrafo, cuando señala "es nulo de pleno derecho cualquier acto que contravenga lo dispuesto en el párrafo anterior".

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

21.- Por lo que se refiere al primer parágrafo del artículo 5º del Decreto Legislativo 817 la palabra "otorgamiento" y el segundo parágrafo del mismo artículo, son inconstitucionales por violentar la Primera Disposición Final y Transitoria y el artículo 103º de la Constitución, que consagra el principio de irretroactividad de las leyes;

22.- El artículo 7º no es inconstitucional, en tanto se respete el principio de irretroactividad de las leyes; es decir, no desconozca derechos legalmente obtenidos al amparo de los regímenes 19990 y 20530 protegidos por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

23.- En cuanto al artículo 8º, no es inconstitucional, pues como ya precisó este Tribunal, la referida inscripción no tiene el carácter de constitutiva de derechos.

24.- El artículo 12º prohibe el pago de la correspondiente pensión, cuando los trabajadores y pensionistas no se hubieran inscrito en la ONP, violándose el artículo 10º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en cuanto a los derechos adquiridos de los pensionistas, esto es, en cuanto al respeto al régimen previsional de los mismos, y al pago de la correspondiente pensión.

25.- El artículo 10º, la prohibición que contiene, en cuanto, a que los trabajadores que hayan solicitado su cese y afiliación simultánea al Sistema Privado de Pensiones, "estarán impedidos de reingresar al servicio activo del Estado, salvo los casos de cargos políticos o de designación directa en cargos de confianza", es inconstitucional, por cuanto violenta el artículo 59º de la Constitución, que garantiza la libertad de trabajo.

26.- En cuanto al artículo 13º, la última parte del segundo parágrafo, es inconstitucional, ya que "queda prohibido el pago de cualquier pensión que bajo el régimen señalado no derive de la CDR", por cuanto violenta los derechos reconocidos por el Constituyente en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en cuanto al pago de la pensión correspondiente al beneficiario de la misma, una vez que haya cumplido con los requisitos para gozar de la misma, entendiéndose que la Constancia de Reconocimiento de Derechos que deberá expedir la ONP, no es constitutiva del derecho a gozar de la pensión, sino, que debe ser expedida en favor de todos aquellos que tienen los derechos adquiridos a que se hace mención en la presente sentencia.

27.- La aplicación retroactiva de la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional, por cuanto viola el artículo 103º de la Constitución y atenta contra los derechos adquiridos de quienes estén sujetos al régimen previsional del Decreto Ley Nº 20530.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

28.- Finalmente, en relación a la Novena Disposición Complementaria que deroga la Ley 10772 y normas complementarias y modificatorias del régimen pensionario complementario debemos precisar que el primer parágrafo, se encuentra ajustado a lo establecido en el artículo 103° de la Constitución, ya que, a partir del veinticuatro de abril de mil novecientos noventiséis, cierra dicho régimen; sin embargo, es evidente, que deben respetarse los derechos pensionarios de aquellas personas sujetas a dicho sistema, teniendo presente que a aquellos que se encuentran tramitando los beneficios derivados del mismo, antes de la entrada en vigencia de ésta disposición, no les es aplicable, dado que, ello implicaría aplicar retroactivamente la ley, violando flagrantemente el principio de irretroactividad de las leyes, que tiene consagración constitucional.

29.- En lo que al segundo parágrafo de dicha Disposición se refiere, al "precisa(rse)" que con la entrada en vigencia del D.S. 057-90-TR y del Decreto Legislativo No 757, quedó prohibido todo sistema de reajuste de pensiones establecido según índice de variación de precios, indexación, y otros de similar naturaleza, cualquiera sea su denominación y mecanismo de aplicación; éste Tribunal considera necesario establecer: a) que el decreto precitado, contempla un supuesto específico, y es que, aquellas empresas comprendidas en la Ley Nº 24948, Ley de Actividad Empresarial del Estado, así como Entidades del Estado, cuyos trabajadores se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, no podrán otorgar hasta el 31 de diciembre de1990, incrementos de remuneraciones, cualquiera sea la remuneración, sistema, modalidad o periodicidad, siendo que dicha norma tenía un plazo determinado de vigencia, el mismo que no puede entenderse extendido al amparo de lo establecido en el segundo parágrafo de la Novena Disposición Complementaria; y, b) en cuanto al Decreto Legislativo N° 757, si bien la Segunda Disposición Complementaria establece reglas a las que se ajustarán las mejoras remunerativas, no es menos cierto que el supuesto de la norma, está referido a pactos y convenios colectivos de trabajo, es decir, normas de origen no normativo, señalando que estos "...no podrán contener sistemas de reajuste automático de remuneraciones fijados en función a índices de variación de precios, o ser pactados o referidos a moneda extranjera", estableciendo así límites específicos a lo que por autonomía de las partes se puede pactar; no refiriéndose estos supuestos a materia previsional. En consecuencia, se pretende, vía "interpretación", dar fuerza y efectos retroactivos a una norma, esto es, a la Disposición Complementaria bajo examen, violentando con ello el artículo 103° de la Constitución.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

30.- En cuanto al tercer parágrafo de la Novena Disposición Complementaria, es inconstitucional por las razones que se señalaran en el fundamento jurídico anterior, ya que supone una aplicación retroactiva de la Ley, lo que expresamente se encuentra prohibido en nuestra Carta Magna.

Violación al principio Constitucional de Cosa Juzgada y el Principio de Definitividad de las Resoluciones Administrativas.

31.- Se impugnan los artículos 4º, 5º por vulnerar los arts. 138º, 139º inc. 13) y 174º de la Constitución; los artículos 8º, 12º y 13º por vulnerar los artículos 103º y 148º de la Constitución; y, la Novena Disposición Complementaria.

32.- La prescripción es aquella institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la acción, dejando subsistente el derecho que le sirve de base, institución cuyo concepto es plenamente aplicable tanto en derecho público como en derecho privado, en el sentido que, si la ley otorga un plazo dentro del cual un particular o el Estado puede recurrir ante un órgano que tiene competencia para resolver un determinado petitorio y éste se vence, es imposible, por esa vía, obtener pronunciamiento alguno.

Si se recurre en la vía administrativa dentro de los términos y plazos que le ley de la materia establece, se obtendrá un pronunciamiento de la administración que constituirá cosa decidida en tanto y en cuanto se puede recurrir al Poder Judicial mediante la acción contencioso administrativa la que tiene por finalidad que éste revise la adecuación al sistema jurídico de las decisiones administrativas que versen sobre derechos subjetivos de las personas, constituyendo así una garantía de constitucionalidad y legalidad de la administración pública frente a los administrados; así lo establece el artículo 148º de la Constitución Política del Estado.

33.- Es necesario precisar, en este punto, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 139º inciso 13) de la Constitución, la prescripción produce los efectos de la cosa juzgada.

El Decreto Ley Nº 26111 introduce al entonces vigente Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos D.S. 006-67-SC-, una disposición que establece como facultad de la Administración Pública la de declaración de la nulidad de las resoluciones administrativas, facultad que prescribe a los seis (06) meses contados a partir de la fecha en la que hayan quedado consentidas,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

norma que se encuentra consagrada en el artículo 110° de Texto Unico de ProcedimientosAdministrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS. Es decir, la administración puede declarar -en sede administrativa- la nulidad de sus resoluciones, aún cuando hayan quedado consentidas, siempre que agravien el interés público, y en casos taxativamente señalados dentro de un plazo de seis meses, esta es pues la regla general, la que no puede ser modificada por un Decreto Legislativo cuya materia delegada es pensionaria sin violar flagrantemente el artículo 104° del texto Constitucional, tal y como ha sido declarado en el punto 4. por este Tribunal.

Pues bien, el hecho de que la persona sujeta al régimen previsional normado por el D.L. N° 20530, sea el titular de un derecho adquirido, en su calidad de pensionista, por expresa disposición del constituyente de 1993 en su Primera Disposición Final y Transitoria, supone de que no pueda ser revisada la titularidad del derecho por la administración.

34.- En el mismo sentido cabe precisar que no podrán ser objeto de revisión administrativa los derechos pensionarios que hayan obtenido reconocimiento judicial, pues ello atentaría contra el principio constitucional de inmutabilidad de la cosa juzgada, la misma que por ninguna razón puede ser desconocida.
Principios y Derechos que corresponden a la Función Jurisdiccional.

35.- Los demandantes afirman que los artículos 26°, 27°, 28°, segundo parágrafo de la Primera y Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 vulneran los inciso 1), 2), 3) y 13) del artículo 139° y el inciso 1) del artículo 146° de la Constitución. Habiéndose ya especificado la inconstitucionalidad formal de los artículos 26, 27 y segunda Disposición Transitoria del Decreto Legislativo aludido, queda entonces por abocarse al juicio abstracto de constitucionalidad, por el fondo, de los artículos 28° y segunda parte de la Primera Disposición Complementaria.

36.- El artículo 28° ha sido impugnado, por cuanto ordena que las sentencias dictadas o que se dicten a favor de los cesantes o servidores públicos, serán cumplidas a partir del 1° de enero del año siguiente. Sostienen los actores que ésta es una disposición de orden presupuestal, contemplada en el artículo 77° de la Constitución, en cuanto al principio de legalidad presupuestaria o principio de equilibrio presupuestario. El artículo 139° inciso 2) segundo parágrafo, señala expresamente que ninguna autoridad "puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución"; Pues bien, la disposición contenida en el artículo 28°, contiene en la práctica, un retar-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

do en la ejecución de la sentencia, lo que viola además la garantía de la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional, pues, como ya se afirmó en la Sentencia de Inconstitucionalidad expedida por éste Tribunal, en la demanda interpuesta contra la Ley Nº 26599, que modificó el artículo 648º del Código Procesal Civil, cuando no se puede aplicar ni ejecutar una sentencia, no existiría un debido proceso, "pues sería inconcluso hasta que sea atendido con la partida nuevamente presupuestada del Sector al que corresponda el organismo estatal enjuiciado. De ser así, sería una sentencia meramente declarativa; pero paradójicamente sí se podría ejecutar de inmediato, de ser el caso, si se tratara de un litigante común y corriente el vencido".

Además, el artículo 118º inciso 9) de la Constitución señala que corresponde al Presidente de la República, "cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales". Por todo lo anteriormente expuesto, este artículo, es inconstitucional.

37.- La Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº817, señala en su segundo parágrafo, que los expedientes judiciales en trámite, referidos a la aplicación de derechos pensionarios derivados del Decreto Ley Nº 20530 y sus normas complementarias y modificatorias, quedan en suspenso, en tanto la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial establezca lo pertinente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27º del Decreto Legislativo 817 y la Segunda Disposición Complementaria de la misma norma; esta última faculta a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, a crear las instancias especializadas necesarias, para la aplicación del Decreto Legislativo bajo análisis.

La parte pertinente de ésta Primera Disposición viola el principio regulado por el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, en cuanto a que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto al previamente establecido, y la Segunda, otorga una facultad a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, que no guarda relación con la materia delegada, lo cual excede la misma, como anteriormente lo señaláramos.

Por estos fundamentos, El Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confieren:

FALLA:

Declarando FUNDADA en parte las demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos del Decreto Legislativo 817, según se precisa en los siguientes extremos:

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

a) La parte pertinente del Artículo 20º del Decreto Ley 817, en tanto asigna al Tribunal de Administración Pública competencia para conocer reclamaciones y controversias que versen sobre derechos y deberes laborales de los servidores públicos, excediendo de esta manera las facultades delegadas por el Congreso de la República que se circunscribían a legislar sólo en relación al régimen previsional a cargo del Estado. De conformidad con el artículo 38º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, también se declaran inconstitucionales el inciso b), del artículo 21º, en cuanto a la creación de una Sala Laboral, y el segundo parágrafo del artículo 22º, en cuanto establece la conformación de la misma, así como la segunda parte del inciso a) del artículo 24º, respecto a la regulación del recurso de reconsideración en materia laboral.

b) La parte pertinente del segundo parágrafo del artículo 4º, en cuanto señala "La declaración de nulidad es imprescriptible, se realiza de oficio y se formaliza por resolución administrativa de la ONP", salvo que la incorporación al sistema se haya efectuado contra expresa disposición legal y se trate así de un acto nulo, acción que solamente podrá hacerse valer en la vía judicial; por conexión, aplicando el artículo 38º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la última parte del segundo parágrafo del artículo 5º, que señala: "La declaración de nulidad es imprescriptible, se realiza de oficio y se formaliza mediante resolución administrativa de la ONP". Asimismo, los artículos 26º (obligación de los jueces de no contravenir las disposiciones del D.Leg. 817), 27º (impedimentos de los jueces y fiscales para conocer procesos en materia previsional), 28º (ejecución de las sentencias) y la Segunda Disposición Complementaria (creación de instancias especializadas en el Poder Judicial), por legislar en materia no delegada, más aún tratándose del artículo 27º, por cuanto éste regula materia reservada a ley orgánica;

c) El artículo 28º dado que viola los artículo 139º, incisos 2) y 3) y 118º inciso 9) de la Constitución, respecto de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso, en cuanto establece modos y plazos incompatibles con la regla que señala el artículo 118º inciso 9) de la Constitución; y, el segundo parágrafo de la Primera Disposición Complementaria, en cuanto viola la garantía del inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, en cuanto dispone la suspensión de los procedimientos y condiciona su reanudación a la decisión de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

d) La última parte del primer parágrafo del artículo 4° que declara que la ONP es la única entidad competente para otorgar derechos pensionarios, violando lo establecido en el artículo 10° de la Constitución y su Primera Disposición Complementaria que reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social; por la misma razón, es inconstitucional el segundo parágrafo del mismo artículo, en cuanto señala que "es nulo de pleno derecho, cualquier acto que contravenga lo dispuesto en el parágrafo anterior"; asimismo es inconstitucional el tercer parágrafo del artículo 4°, por vulnerar el principio de la irretroactividad de las leyes;

e) En el primer parágrafo del artículo 5°, el término "otorgamiento", por cuanto el derecho no es otorgado sino reconocido por la administración de conformidad con el artículo 10° de la Constitución; el segundo parágrafo del mismo, por violentar la Primera Disposición Final y Transitoria y el artículo 103° de la Constitución, que consagra el principio de irretroactividad de las leyes;

f) El artículo 12° por contravenir el artículo 10° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

g) El artículo 10°, en la parte que señala que los trabajadores que hayan solicitado su cese y afiliación voluntaria al Sistema Nacional de Pensiones "estarán impedidos de reingresar al servicio activo del Estado, salvo los casos de cargos políticos o de designación directa en cargos de confianza", por cuanto violenta los artículos 59° y 2° inciso 2) de la Constitución, que garantizan la libertad de trabajo y la igualdad ante la ley, respectivamente;

h) El segundo y tercer parágrafos de la Novena Disposición Complementaria por vulnerar el artículo 103° de la Constitución al declarar nulos y sin efecto legal alguno, los acuerdos y resoluciones que extendieron los alcances de la Ley N° 10772, en forma retroactiva;

i) El segundo parágrafo de la Primera Disposición Complementaria, por desconocer el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional consagrada en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

Finalmente, este Tribunal declara INFUNDADAS las demandas de inconstitucionalidad planteadas contra los artículos no consignados en el fallo de éste Tribunal.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Dispusieron, además la incorporación de los fundamentos jurídicos signados con los numerales 13, 19, 22, 27, 28 y 34, de la presente sentencia y ordenaron su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese y publíquese en el Diario Oficial, en el plazo de ley.

S.S.

NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 005-2002-AI/TC (ACUMULADAS)
EXP. N.° 006-2002-AI/TC
EXP. N.° 008-2002-AI/TC
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS CON FIRMAS CERTIFICADAS
(02) Y COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUZCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de marzo de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, por unanimidad

ASUNTO:

Las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por don Basilio Pajuelo Britto y por don Carlos Repetto Grand, en representación de más de 5,000 ciudadanos, con firmas certificadas en cada caso; y por don Carlos Bedia Benítez, en su condición de Decano del Colegio de Abogados del Cusco, contra la Ley N.° 27617, que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.° 19990 y modifica el Decreto Ley N.° 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

ANTECEDENTES:

Los recurrentes solicitan que se declare la inconstitucionalidad parcial de la Ley N.° 27617, que modifica diversos artículos de los Decretos Leyes N.os 19990 y 20530, así como la normatividad aplicable al Sistema Privado de Pensiones, en mérito a los argumentos que se exponen a continuación.

I. Don Basilio Pajuelo Britto y más de 5,000 ciudadanos
(EXP. N° 005-2002-I/TC).

En su escrito de demanda de fojas 1 y siguientes, alegan la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 4° y 11° de la Ley N° 27617, por transgredir los derechos reconocidos a favor de los trabajadores y asegurados por el Decreto de Urgencia N.° 034-98, legalmente adquiridos conforme a lo expuesto en la Primera Disposición Final y

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Transitoria de la Constitución. Agregan que también se ha lesionado del artículo 103° de la Constitución, que señala que no ampara el abuso del derecho; sin embargo, la norma impugnada burla las expectativas de los pensionistas prorrateando un derecho reconocido por la ley –bonificaciones del FONAHPU–, pagándoseles mensualmente la catorceava (1/14) parte de dichas bonificaciones; además, señalan que se iba a establecer una remuneración mínima de jubilación, lo que no es cierto, pues sólo se otorga la pensión mínima de cuatrocientos quince nuevos soles (S/. 415.00) a un sector de pensionistas que tiene más de 20 años de aportación, mas no así a aquel grueso sector de la población al que se prometió dicho beneficio.

Exponen que la norma impugnada en el punto 2.1. autoriza al Poder Ejecutivo a incorporar, con carácter pensionario, el importe anual de las bonificaciones del FONAHPU otorgado a los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), contraviniendo lo establecido en el citado D.U. N.° 034-98 y lesionando sus derechos, pues la rentabilidad del FONAHPU estaba destinada a otorgar dos bonificaciones al año, pudiendo ser cantidades mayores a las recibidas, con lo que el aumento iba en relación con la rentabilidad que origina el Fondo; sin embargo, con dicha norma, los "somete al no incremento de esta bonificación"(sic), y se incorpora, con carácter pensionario a sus pensiones, y con ello dicho beneficio corre el peligro de desaparecer a futuro.

La norma bajo análisis, además, con el pretexto de homogeneizar el tratamiento de las pensiones de viudez y orfandad en los regímenes previsionales de los Decretos Leyes Nos 19990 y 20530, en lugar de corregir las desigualdades, por el contrario, violenta y conculca derechos reconocidos por la Constitución y la Ley a favor de los asegurados, confiscando dinero y bienes que corresponden al FONAHPU, conforme a lo dispuesto en el artículo 11° de la ley impugnada, pues autoriza al Tesoro Público a utilizar los intereses de los fondos administrados por el Directorio del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales que actualmente aportan su rentabilidad al FONAHPU.

También indican que la modificación introducida por el artículo 4° de la norma impugnada en el artículo 32° del Decreto Ley N.° 20530, es inconstitucional, pues reduce la pensión de viudez al cincuenta por ciento (50%) de la que percibía o tenía derecho de percibir el causante, salvo que fuera mayor de una remuneración vital, en cuyo caso, la pensión mínima sería equivalente a una remuneración mínima vital. Ello atenta contra las viudas, descendientes y ascendientes de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N.° 20530, a lo que cabe agrega que los tratados en materia de derechos humanos imponen al Perú un deber de progresividad, según el cual el disfrute de un determinado derecho no puede ser degradado por actos o normas posteriores, lo que se agrava por tratarse de un régimen discriminatorio y de desigualdad de trato, contrario a lo dispuesto en el artículo 2°,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

inciso 2), de la Constitución, pues desde la vigencia de esta norma coexisten dos tipos de aseguradas: las pensionistas del régimen del Decreto Ley N.° 20530, que reciben una pensión completa, y aquéllas que sólo tendrán derecho a una pensión del cincuenta por ciento (50%) de lo que ganan (sic) las demás viudas.

En lugar del régimen modificado, proponen que las pensiones de viudez y orfandad del régimen del Decreto Ley N.° 19990 sean incrementadas al equivalente de las del régimen del Decreto Ley N.° 20530.

Por último, afirman que la norma impugnada conculca los principios constitucionales protegidos por la teoría de los derechos adquiridos, y que la Constitución no ampara el abuso del derecho, razones por las que consideran que su demanda debe ser declarada fundada.

2. Don Carlos Repetto Grand y más de 5,000 ciudadanos
(EXP. N° 006-2002-I/TC).

Los recurrentes, en su escrito de fojas 01 y siguientes, demandan la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 3°, 4°, 5° y 6° de la Ley N.° 27617, así como de los no señalados expresamente, y que por conexidad deban serlo.

Exponen que la norma impugnada minimiza la pensión de viudez al cincuenta por ciento (50%) o a una porción de la remuneración mínima vital, originando un estado de quiebra en la economía familiar, y que la función de la seguridad social no agota su propósito con la protección del derecho del trabajador, pues es un derecho universal que comprende a los sobrevivientes del trabajador, al que se encuentran unidos por el vínculo conyugal o el paterno filial.

Consideran, en general, que la Ley impugnada viola, principalmente, los artículos 1° (dignidad de la persona), 2.1° (derecho a la vida), 2.2° (igualdad ante la ley), 5° (respeto a los derechos conyugales), 6° (deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos), 10° (derecho progresivo a la seguridad social), 11° (garantías del Estado para el acceso a las prestaciones de salud y pensiones), 12° (aplicación de los fondos y reservas de la seguridad social que son intangibles), 16° (los tratados forman parte del derecho nacional), 26.2 (carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley), 51° (respeto a la jerarquía de las normas legales), 103° (irretroactividad de las normas legales y la obligación de legislar por la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de las personas), la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (derechos adquiridos) y la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna (reajuste periódico de las pensiones).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

La inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ley N.° 27617

Este artículo es contrario a la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece el derecho de gozar de una pensión nivelada y renovable de acuerdo con el aumento que se disponga otorgar a un trabajador en actividad que desempeñe el mismo cargo o equivalente al que tenía el pensionista al momento de su cese, toda vez que limita el goce de la pensión de viudez y orfandad al "100% de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante" (sic), sin respetar los derechos adquiridos de los cesantes y jubilados, pues como se desprende de las normas pensionarias y de la Constitución, la última de las cuales está orientada a la protección de la persona humana como sujeto de derecho, a una vida digna que le permita cubrir, posterior a su muerte, la orfandad de la familia y/o la de su cónyuge supérstite.

La inconstitucionalidad de los artículos 4° y 6° de la Ley N.° 27617

Conforme a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se consagran, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia previsional, respecto de los regímenes correspondientes a los Decretos Leyes N.os 19990 y 20530, como se aprecia de los fundamentos Nos 15 a 19 de la sentencia N.° 008-96-AI/TC.

Por ello, producido el hecho contingente, lo que recibe el sobreviviente como pensión es un derecho adquirido, no competiéndole a la administración del Estado hacer la revisión del mismo, porque carece de poder jurídico, conforme se expuso en el Fundamento 19 de la sentencia citada.

Producida la contingencia, la pensión puede recaer en cualquiera de los integrantes de la familia del trabajador, pues la razón de ser de la seguridad social es extender la tutela del Estado a la familia del sobreviviente; por ello, recortar las pensiones de sobrevivientes es contrario a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, porque no se puede desligar el derecho del pensionista del derecho del sobreviviente, ya que la causa de ambos derechos es la misma. A éste último le corresponde un derecho pensionario que tiene la misma naturaleza, fuerza y valor que el derecho del pensionista, por lo que el goce de tal derecho por la viuda o el hijo, sólo requiere de su reconocimiento por parte de la Administración.

Con el criterio adoptado de imponer topes, como el de la remuneración mínima vital, a la pensión de viudez, en el hecho no deseado por los familiares de que el titular fallezca durante la vigencia de esta norma por inconstitucional, se "trastocan" (sic) los derechos adquiridos por el titular de la pensión, porque los derechos pensionarios nacidos tanto del Decreto Ley N.° 19990 como del Decreto Ley N.° 20530, adquiridos antes de la dación del Decreto Legislativo N.° 817, son intangibles.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En ese sentido, la disposición contenida en el artículo 6º de la Ley N.° 27617, respecto a que el fallecimiento del titular determina la aplicación de la ley, consagra una norma retroactiva que va más allá de los límites de la tolerancia para desconocer el derecho adquirido por el titular, aun cuando uno de los principios de la seguridad social es prever medios para la subsistencia de quienes dependieron del causante y no pueden atender su propia subsistencia; se trata, por ello, de un derecho adquirido por el pensionista incorporado a su patrimonio, aunque no haya goce o disfrute del mismo.

De otro lado, se expone que el derecho del sobreviviente no constituye un derecho aislado con exigencias independientes, sobre todo, porque la pensión sustituye el salario y tiene carácter alimenticio. Debe tenerse presente, además que el artículo 30º del Decreto Ley N.° 20530 indica que las pensiones renovables generan pensiones de sobrevivientes renovables.

3. **Colegio de Abogados del Cusco**
(EXP. N° 008-2002-I/TC).

Por su parte, el Decano del Colegio de Abogados del Cusco sustenta la inconstitucionalidad del artículo 4º de la Ley N.° 27617, por modificar el inciso b) del artículo 34°, así como el artículo 35º del Decreto Ley N.° 20530, expresando que el régimen previsional contenido en esta última norma ha sido modificado drásticamente. En ese sentido, expone que tal modificación importa, en el caso de la pensión de orfandad, que el monto a pagar no sea igual al ciento por ciento (100%) de la pensión del causante, sino sólo a un veinte por ciento (20%), más una remuneración mínima vital como bonificación en determinados casos.

Agrega que con la norma impugnada se pretende reducir un derecho humano y social, con repercusiones económicas respecto de las personas incapacitadas, que aspiran a una pensión de orfandad en los términos del Decreto Ley N.° 20530; por ello, debe optarse por una interpretación preferente y favorable a los derechos fundamentales, presumiéndose la inconstitucionalidad del límite impuesto; más aun, cuando estamos frente a una típica infracción del principio de justicia que establece que, a igual razón, corresponde igual derecho.

Finalmente, señala que la norma demandada como inconstitucional es contraria a lo dispuesto por el artículo 103º de la Constitución, porque infringe el principio según el cual todas las personas son iguales frente a la ley, y que entre ellas no puede haber diferencias jurídicamente válidas; con ello se genera una distinción frente a las personas que adquirieron el derecho antes de la modificación inconstitucional, ya que tienen aún vivos a sus progenitores.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Las demandas anotadas, luego de ser admitidas a trámite, fueron notificadas al Congreso de la República, el cual designó como su Apoderado Especial, al abogado Jorge Campana Ríos, quien contestó las demandas, conforme se detalla a continuación.

1. **Demanda interpuesta por don Basilio Pajuelo Britto y más de 5,000 ciudadanos** (EXP. N.° 005-2002-I/TC).

El FONAHPU era una bonificación otorgada a los pensionistas del Régimen del Decreto Ley N.º 19990, que perciban una pensión menor de mil nuevos soles (S/. 1,000.00), sin que dicha bonificación forme parte de la pensión correspondiente y sin que tenga naturaleza pensionaria ni remunerativa (artículo 1º del D.U. N.º 034-1998).

Presunta Vulneración de los derechos adquiridos

En principio, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución no impide modificaciones normativas en el campo previsional, en tanto no afecten derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1994.

En virtud de la teoría de los derechos adquiridos, se protege la seguridad de las relaciones jurídicas nacidas de una norma en particular, impidiéndose la modificación de las normas bajo las que se adquieren derechos, situaciones o relaciones jurídicas, mientras surtan efectos; además, se trata de una disposición de carácter transitorio, pues garantiza que la introducción de nuevos regímenes previsionales de trabajadores públicos derivados de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, no afecten los derechos pensionarios incorporados al patrimonio de los trabajadores públicos, al amparo de la Constitución de 1993.

La Ley N.º 27617 no afecta derechos adquiridos de naturaleza pensionaria, pues sólo afecta a quienes aún no han adquirido el derecho a recibir pensión de jubilación, esto es, a los que tienen una expectativa, no un derecho adquirido, criterio que fue asumido por el Tribunal Constitucional en el fundamento 19 de la sentencia del 20 de abril de 1997, conforme al cual el derecho previsional se constituye desde el cumplimiento de los requisitos establecidos, y no sólo cuando la autoridad competente los reconoce.

El beneficio otorgado por el D.U. N.º 034-98 no fue de naturaleza pensionaria, por lo que no puede ser considerado un derecho adquirido; dicha norma precisaba que la bonificación otorgada se regía pos sus propias normas y no le eran aplicables las reglas de ningún régimen previsional. Tal beneficio se caracterizó

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

por constituir una liberalidad del Ejecutivo, no constituido por cantidades fijas o permanentes en el tiempo, sino que las mismas dependían de la rentabilidad que pudo o no haber generado el fondo, de manera que no habría beneficio si no se hubiera generado rentabilidad. Esta es una de las reglas establecidas en el artículo 1º del D.U. N.º 034-1998 y que posteriormente fue precisada por el artículo 7º de su Reglamento, el Decreto Supremo N.º 082-98-EF.

Así como los montos no eran fijos, las bonificaciones provenientes de los recursos del FONAHPU fueron otorgadas para que las pensiones pequeñas fueron complementadas con bonificaciones de carácter extraordinario, constituyendo una ayuda a los pensionistas; por ello, el Gobierno se vio en la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para mejorar las prestaciones previsionales a cargo del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales.

Al constituir la bonificación una liberalidad, no puede ser considerada como materia pensionaria; por ende, resulta insostenible que los demandantes están perdiendo los derechos legalmente reconocidos, pues nunca tuvieron ningún derecho proveniente del D.U. N.º 034-98 o de alguna otra norma legal o infralegal. Conforme se aprecia de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Estado tiene la obligación de pagar las pensiones a su cargo, lo que se circunscribe al ámbito de los derechos pensionarios, y no a las bonificaciones del FONAHPU, las que no tienen esa naturaleza.

El abuso del derecho

El mandato contenido en el artículo 103º de la Constitución, acorde con lo expuesto en el fundamento 9 de la sentencia N.º 009-2001-AI/TC, se configura en el campo del ejercicio de los derechos subjetivos, una de cuyas características es que de aplicación ante el ejercicio de los derechos subjetivos, siendo más propio hablar del abuso en el ejercicio de los derechos, antes que del abuso del derecho.

Una de las atribuciones del Congreso es el dar leyes (artículo 102.1 de la Constitución), y en ese sentido, la función legislativa que ejerce se expresa en la producción del derecho objetivo; así, tal atribución no puede ser calificada como derecho subjetivo, más aún, cuando el abuso a que se hace referencia ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agraviando principios de derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social.

Al ejercicio soberano de la función legislativa, no se le puede oponer la institución del abuso del derecho, puesto que el Congreso no actúa ejerciendo un de-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

recho subjetivo, sino cumpliendo la función legislativa que la Constitución le asigna. Sus decisiones políticas no vulneran ningún derecho, porque se trata de la modificación de una liberalidad consistente en el otorgamiento de la bonificación extraordinaria conforme a las atribuciones constitucionales del legislador.

De otro lado, en cuanto a la burla en las expectativas de los pensionistas con la dación de la norma impugnada, debe precisarse que lo que ha cambiado es la naturaleza de la bonificación proveniente del FONAHPU tornándose un concepto pensionario; sobre todo, cuando, conforme establece el Decreto de Urgencia N.° 040-96, el pago de las pensiones es realizado mediante 14 mensualidades durante el año, en todos los regímenes pensionarios, por lo que es lógico que dicha regla se debe extender a la bonificación del Fondo.

La regulación de la pensión mínima

El otorgamiento de una pensión mínima de cuatrocientos quince nuevos soles (S/. 415.00) no tiene relevancia constitucional. La incorporación en el activo del Fondo Consolidado de Reservas –Decreto Ley N.° 19990- de la totalidad de fondos que otorgaban rentabilidad al FONAHPU, ha permitido aumentar la pensión de jubilación de trescientos nuevos soles (S/. 300.00) a cuatrocientos quince nuevos soles (S/. 415.00). De otro lado, el cálculo de la pensión no se efectúa sobre una cantidad fija, sino que el monto está en función del número de años de aportación, con lo que el valor de la pensión mínima se distribuye en función de los años de aportación de los beneficiarios, como siempre ha sido, estableciéndose los parámetros correspondientes en el artículo 6º de la Ley N.° 27655, todo lo cual constituye una opción legislativa.

Incremento de la pensión mínima con el dinero del FONAHPU

Los recursos del Fondo provienen de la privatización y no de las aportaciones de las empresas como se aprecia del D.U N.° 034-98; por ello, no es cierto que se esté pagando con el dinero de los pensionistas. La Ley impugnada incorpora, en el activo del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, la totalidad del FONAHPU, cuya rentabilidad generaba las bonificaciones extraordinarias; sin embargo, dicha norma también protege el pago de las obligaciones previsionales para los beneficiarios de la bonificación extraordinaria (artículo 2.3 de la Ley N.° 27617).

De tal modo que no debe confundirse el destino que se está dando al FONAHPU mediante Ley N.° 27617, para cumplir con las obligaciones previsionales, con la regulación establecida en el Decreto de Urgencia N.° 034-98, que creó dicho Fondo, en razón de que su objetivo fue otorgar las bonificaciones extraordi-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

narias que no eran materia previsional. A mayor abundamiento, conforme al artículo 2.3 de la Ley impugnada, los fondos del FONAHPU constituirán un respaldo de las obligaciones previsionales correspondientes al citado régimen previsional, pudiendo ser destinados sólo al pago de pensiones en el mismo, lo que, además, es compatible con lo dispuesto en el artículo 12° de la Constitución, en cuanto dispone que los recursos de la seguridad social se aplican en la forma y bajo responsabilidad que señala la ley, con lo cual se está dando destino específico a los fondos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales a través de una norma de rango legal.

La supuesta confiscatoriedad del artículo 11° de la Ley N.° 27617

Dicho artículo no tiene carácter confiscatorio, pues no tomará recursos del Fondo, sino que hará uso de los intereses para financiar el incremento de la pensión mínima. Finalmente, se alega que no existe afectación alguna al inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, ya que las diferencias existentes obedecen a la voluntad del legislador; al respecto, sólo se trata de una distinción entre los que adquirieron un derecho bajo la vigencia de la ley anterior y los que no adquirieron ningún derecho derivado de dicha ley,

2. Demanda interpuesta por don Carlos Repetto Grand y más de 5,000 ciudadanos (EXP. N° 006-2002-I/TC).

El contenido del artículo 3° de la Ley N.° 27617, que modifica el artículo 17° del Decreto Legislativo N.° 817, mantiene prácticamente la redacción de la norma modificada, y se diferencia en que se considera como integrantes del Fondo Consolidado de Reservas a dos representantes de los pensionistas propuestos por el Consejo Nacional de Trabajo, en lugar de dos personas nombradas mediante Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas. Se trata de una norma que organiza el Fondo Consolidado de Reservas.
Los demandantes pretenden aprovechar la modificación del artículo 17° del Decreto Ley N.° 817, para objetar la intangibilidad expresa en dicha norma; con tal argumento, podría concluirse que la modificación de una parte accesoria de cualquier norma legal, dejaría expedito el camino para que se solicite la inconstitucionalidad de su antecedente normativo.

De otro lado, debe tenerse presente que el artículo 12° de la Constitución establece que los recursos y reservas de la seguridad social son intangibles; en tal sentido, la protección es otorgada en virtud de la importancia de la seguridad social y los fondos que se manejan, pues tales recursos tienen un destino predeterminado, esto es, el pago de las pensiones de los asegurados. Tal previsión

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

tiene por objeto evitar un mal uso de tales recursos y garantizar la obligación del sistema para el pago de los pensionistas.

Sobre la pretendida inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ley N.° 27617, precisa que la finalidad de la pensión que percibe el cesante o jubilado, es que pueda tener un fondo que le garantice una vida digna durante su vejez, pensión que es calculada, en cada caso, sobre la base de los aportes realizados por el pensionista durante su vida productiva. El efecto normativo de dicho artículo es el mismo que el que se producía antes, con la aplicación concordada con las versiones derogadas de los artículos 27° y 32° del Decreto Ley 20530, cuando establecían que la pensión de viudez y/o la de orfandad no podían exceder del cien por ciento (100%) de la pensión correspondiente al causante.

Sobre el goce de la pensión de viudez o de orfandad, expone que el derecho es adquirido bajo los términos iniciales previstos en el Decreto Ley N.° 20530, siempre que el fallecimiento se haya producido antes de la vigencia de la Ley N.° 27617, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta en el fundamento 19 de la STC N.° 008-1996-I/TC. Lo inconstitucional sería plantear que quienes ya tienen un derecho adquirido, vean recortado tal derecho. Concluye su alegato sobre este extremo, citando el Informe del Estudio Rubio Leguía y Normand Abogados, suscrito por don Víctor Ferro y publicado en la página web de la ONP, en el sentido de que el Tribunal Constitucional "(...) nunca se ha referido a las expectativas de adquirir un derecho luego frustrado por el advenimiento de un régimen perjudicial. En consecuencia, debemos concluir que no existe sustento jurídico para que las futuras viudas o huérfanos tengan el derecho adquirido a gozar una pensión de viudez u orfandad conforme al texto inicial del decreto ley 20530, y en tal virtud le resulta de aplicación lo dispuesto por la ley 27617".

En lo relativo a la presunta inconstitucionalidad de los artículos 4° y 6° de la Ley N.° 27617, sostiene que dicha norma no realiza distinción de sexo de ningún tipo, pues la pensión de viudez es un derecho del cónyuge sobreviviente, con independencia del sexo u ocupación; por ello, debe tenerse presente que las pensiones que se otorgan a los sobrevivientes son de viudez, orfandad y ascendientes. En tal sentido, resalta la diferencia existente entre los que adquirieron la calidad de huérfano o quedaron viudos antes de la vigencia de la Ley N.° 27617, y los que adquieren tales calidades al entrar en vigencia dicha norma, en virtud de la fecha de fallecimiento del causante.

La demanda presentada se sustenta en una supuesta contravención al principio de igualdad de trato, con lo que nos encontramos ante un caso de igualdad en la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ley (límites constitucionales al juzgador), y no uno de igualdad en la ley (obligación de los órganos públicos de aplicar la norma en la misma forma, en toda circunstancia, caso o situación similar). La igualdad en la ley obliga al autor de la norma a establecer una adecuada proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias jurídicas que de ellas derivan. Por ello, considera que la jurisdicción constitucional, primero, debe verificar la licitud de la finalidad perseguida por el legislador, y luego de establecida la misma, fundamentar su decisión en el análisis de la realidad, desde el punto de vista dicha finalidad.

Sin embargo, no toda desigualdad en el tratamiento legal viola el principio de igualdad de trato, pues en virtud de dicho principio no se prohíbe al legislador contemplar la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones jurídicas o distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste no en impedir diferenciaciones, sino en evitar que estas carezcan de justificación objetivamente razonable, y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Aplicando un Test de Razonabilidad a la Ley N.° 27617, esta sería discriminatoria si el trato diferenciado careciera de justificación objetiva y razonable, lo que debe apreciarse y justificarse en relación con la finalidad y los efectos de la norma examinada. El sistema de seguridad social se rige por principios básicos, los que permiten explicar las modificaciones previstas en la ley impugnada:

a. El principio de solidaridad debe utilizar un criterio realista para la distribución de las cargas económicas.
b. El principio de progresión racional, por su parte, debe observar una regulación en tránsito hacia el logro de metas, teniendo en cuenta lo deseable y lo realmente posible en el país, que, de no controlarse, podría producir un asistemático criterio de protección o un incontrolable afán de cobertura.

Conforme a dichos criterios y utilizando los datos exógenos como las proyecciones sobre el número de beneficiarios del Decreto Ley N.° 20530, y el crecimiento de las remuneraciones reales de los trabajadores del sector público, se llega a la conclusión de que el sistema no es viable en la actualidad y menos lo sería en el mediano plazo, si se mantienen reglas como las modificadas por la Ley impugnada, y si no se redimensiona el sistema como pretende la norma impugnada.

Actualmente existe un precario equilibrio financiero en el sistema, las tasas de cotización no pueden seguir subiendo. Al aumentar los sueldos, estos se transforman (de mantenerse las reglas antes vigentes) en mayores pensiones, lo que en el futuro profundizará las dificultades económicas del Gobierno, dejando abierta la posibilidad de tener, a futuro, un sistema desfinanciado.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

De otro lado, reproduce un informe de la Defensoría del Pueblo, la misma que sobre el tema expuesto, expone : "5. Si bien no resulta deseable la involución de la normativa en materia previsional, consideramos que el progresivo incremento de los beneficios en materia de seguridad social supone un principio a ser tomado en cuenta pero que no puede ser atendido de manera absoluta, más aún si en dicho empeño se pondría en riesgo la propia continuidad del sistema mismo. Por ello, consideramos atendible las razones expuestas como exposición de motivos de la norma que justificaría la reducción de la cuantía de las pensiones, en salvaguarda de las continuidad del sistema de los derechos adquiridos por los anteriores pensionistas".

Asimismo, señala que aplicando un Test de Proporcionalidad a la Ley N.° 27617, dicha norma constituye un mecanismo eficiente y justo para buscar el equilibrio del régimen del Decreto Ley N.° 20530, en armonía con el artículo 10° de la Constitución; con ella se respeta la relación de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin buscado por la norma.

3. **Demanda interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco**
(EXP. N° 008-2002-I/TC).

El Representante del Congreso de la República, al contestar la presente demanda, reproduce gran parte del contenido de sus contestaciones a las demandas anteriores, por lo que carece de objeto resumir la misma.
Producida la vista de la causa, el estado del proceso es el de expedir sentencia.

FUNDAMENTOS:

El artículo 1° de la Ley N.° 27617

El artículo 1° de la Ley impugnada modifica los criterios del régimen del Decreto Ley N.° 19990 en el siguiente sentido: 1.1 mediante Decreto Supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se podrán modificar los criterios para determinar la remuneración de referencia, así como los porcentajes aplicables para la determinación de la pensión de jubilación; 1.2 dicha modificación deberá contar con el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas, que contenga, además, el cálculo y proyección de reajustes periódicos de pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones, con arreglo a las previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional; 1.3 las modificaciones contenidas en el referido artículo serán de aplicación a la población afiliada al SNP, con arreglo a las previsiones presupuestarias y a las posibilida-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

des de la economía nacional; y, 1.4 los incrementos de la pensión mínima en el SNP estarán a cargo del Tesoro Público.

2.1. En principio, y respecto a la modificación del sistema de cálculo, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en la STC N.° 007-96-I/TC, en cuyo fundamento 10, se indica, expresamente, que la protección que la Constitución otorga a los derechos adquiridos de los pensionistas, en virtud de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, opera no sólo ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, sino, y con mayor razón, frente a "cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente."

2.2. Así, es claro que cualquier modificación que se haga de las reglas o criterios para fijar tanto la remuneración de referencia como los porcentajes aplicables para la determinación de la jubilación vinculada al Decreto Ley N.° 19990, únicamente puede operar para quienes aún no tienen un derecho adquirido, esto es, para los que mantienen una expectativa dentro de dicho régimen previsional, por no haber cumplido los requisitos que la ley indica para gozar de una pensión en tal régimen; así debe entenderse en adelante.

2.3. Por ello, las disposiciones contenidas en los numerales 1.1 y 1.3 no son inconstitucionales, dado que la primera remite a las disposiciones pertinentes tanto del Decreto Ley N.° 19990 como del Decreto Ley N.° 25967, disposiciones cuya constitucionalidad no está en debate, mientras que la segunda de tales disposiciones protege los derechos adquiridos de quienes tienen derecho a obtener una pensión adelantada, en caso de que cesen antes de cumplir los 60 años de edad y que tengan 30 o más años de aportaciones, al momento de expedirse la Ley cuya inconstitucionalidad se demanda. Más aún, tales disposiciones son concordantes con lo expuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como con el artículo 103° de la misma.

Las disposiciones de los numerales 1.2 y 1.4 tampoco pueden ser consideradas inconstitucionales, pues su contenido está referido al procedimiento a seguir para la determinación de la pensión de jubilación, así como a la responsabilidad del Tesoro Público sobre el pago de los incrementos de la pensión mínima en el SNP, mandatos que no sólo no afectan derechos fundamentales, sino que, además, otorgan

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

certeza a los pensionistas, respecto al mecanismo empleado para determinar el monto de la pensión, en el primer caso, y la responsabilidad del Estado Peruano en cuanto al pago de los incrementos de la pensión mínima, en el segundo.

En conclusión, ninguna de las disposiciones contenidas en el artículo 1° de la Ley N.° 27617 es inconstitucional.

El artículo 2° de la Ley N.° 27617

El artículo 2° bajo análisis contiene 5 disposiciones claramente diferenciadas, como se aprecia a continuación: 2.1 autoriza al Poder Ejecutivo a incorporar, con carácter pensionario en el SNP, el importe anual de la bonificación FONAHPU otorgada a los pensionistas del SNP; 2.2 autoriza a que se incorpore, en el activo del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) del Decreto Ley N.° 19990, la totalidad de los fondos cuya rentabilidad se destina a financiar la bonificación FONAHPU; 2.3 califica a dichos fondos como intangibles, los que constituirán el respaldo de las obligaciones previsionales correspondientes al régimen del Decreto Ley N.° 19990, pudiendo ser destinados únicamente al pago de las pensiones en el indicado régimen; 2.4 dispone que la bonificación del FONAHPU se mantiene como tal en el Régimen Pensionario del Sistema Nacional de Pensiones; y, 2.5 precisa que el financimiento de dicha bonificación, para los beneficiarios que pertenezcan al régimen previsional del Decreto Ley N.° 20530, estará a cargo del Tesoro Público.

Mediante Decreto de Urgencia N.° 034-98, se creó el Fondo Nacional de Ahorro Público (FONAHPU), "(...)"cuya rentabilidad será destinada a otorgar bonificaciones a los pensionistas comprendidos en los regímenes del Decreto Ley N.° 19990 y a los de las instituciones públicas del Gobierno Central cuyas pensiones totales mensuales no sean mayores de S/. 1,000.00 (Mil y 00/100 Nuevos Soles)" (artículo 1°), señalándose expresamente que la bonificación no forma parte de la pensión, ni tiene naturaleza pensionaria ni remunerativa.

Así, el Estado, al incorporar con el carácter de pensionaria la bonificación del FONAHPU, está concediendo un beneficio adicional no previsto en la normatividad previsional original, pues la bonificación anotada no constituye un derecho adquirido (justamente por no tener el carácter de previsional), mientras que, a partir de la dación de la norma impugnada, en aplicación del artículo 2.1 de la Ley N.° 27617, tal bonificación debe ser considerada como parte de la pensión, y pasar a formar parte de dicho derecho adquirido (por la naturaleza previsional ahora reconocida).

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Este Colegiado tiene presente que la alternativa expuesta en uno de los escritos de demanda, de que se sigan pagando las dos bonificaciones anuales, debe ser desestimada, justamente por no constituir la bonificación anotada un derecho previsional, y porque no colisiona con precepto constitucional alguno; por el contrario, es a partir de la dación de la Ley N.° 27617 que la anotada bonificación se incorpora a la pensión, y desde ese momento forma parte del derecho previsional reconocido al pensionista, debiendo abonarse en la oportunidad en que se pague la pensión –como parte integrante de ella–, con arreglo a la normatividad vigente. A mayor abundamiento, cabe precisar que el acceso al FONAHPU, antes de la norma impugnada, era de carácter voluntario y no obligatorio, a tenor del artículo 1° del Decreto de Urgencia N.° 034-98.

Los parágrafos 2.2 y 2.5 de la norma impugnada, deben analizarse en forma concordada, dado que si bien inicialmente la bonificación FONAHPU era concedida a favor de los pensionistas de los Decretos Leyes N.° 19990 y 20530, el artículo 2.2 establece expresamente, que la totalidad de los fondos cuya rentabilidad se destina a financiar la bonificación FONAHPU, pasan a formar parte del Fondo Consolidado de Reservas del Decreto Ley N.° 19990, con lo que aparentemente los pensionista del régimen del Decreto Ley N.° 20530 quedarían desprotegidos en el pago de la bonificación anotada, aun cuando conforme al artículo 2.4 de la norma bajo comentario, la bonificación del FONAHPU se mantiene dentro del Régimen Pensionario del Sistema Nacional de Pensiones; sin embargo, dicha posibilidad queda descartada, a tenor de lo dispuesto por el parágrafo 2.5 de la ley, que establece que el financiamiento de la bonificación indicada, para los beneficiarios que pertenezcan al régimen del Decreto Ley N.° 20530, estará a cargo del Tesoro Público.

El artículo bajo análisis, únicamente regula el pago de la bonificación, pues el pago de la pensión correspondiente al régimen del Decreto Ley N.° 20530, se hará conforme a las reglas y previsiones establecidas anteriormente, las que en nada son modificadas por el artículo 2° de la Ley N.° 27617. De otro lado, es claro que se está beneficiando a los pensionistas del régimen del Decreto Ley N.° 19990, pero ello en nada perjudica a los del régimen del Decreto Ley N.° 20530, pues el pago de la bonificación será asumido por el Estado Peruano, a través del Tesoro Público, como se ha señalado.

La intangibilidad de los fondos del FCR consagrada en el artículo 2.3° de la Ley N.° 27617, tampoco constituye una cláusula que deba ser considerada inconstitucional, pues tal disposición ya se estaba contenida en el Decreto de Urgencia N.° 034-98 que crea el FONAHPU (artículo 2°), y además, la propia Constitución, en su artículo 12° dispone que "*Los fondos y las reservas de la seguri-*

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

dad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley".

El artículo 3º de la Ley N.° 27617

No cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ley N.° 27617, puesto que, dicho artículo al modificar el contenido del artículo 17° del Decreto Legislativo N.° 817, conserva gran parte de la redacción original, regulando la intangibilidad del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR), su personería y administración, disposiciones estas que permiten el funcionamiento del Fondo indicado, y que en nada afectan derechos adquiridos en virtud de normas previsionales o principios regulados en la Constitución.

De otro lado, la única modificación introducida en el artículo 17º del Decreto Legislativo N.° 817, es que forman parte del Directorio del FCR, dos representantes de los pensionistas a propuesta del Consejo Nacional de Trabajo, los mismos que debe ser nombrados por resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas, situación esta que, no afecta postulado constitucional alguno.

El artículo 4° de la Ley N.° 27617

Este artículo, modifica a su vez los artículos 27°, 32°, 34° a 36° y 48° del Decreto Ley N.° 20530, por lo que debe procederse a evaluar la constitucionalidad de tales modificaciones en su conjunto, dado que todas ellas tienen por objeto modificar las prestaciones que a los pensionistas se otorgaba dentro del régimen antes anotado.

Modificación al artículo 27° del Decreto Ley N.° 20530

En el caso del artículo 27° del Decreto Ley N.° 20530, este expresamente establecía que la pensión de sobrevivientes que cause el pensionista, será del ciento por ciento (100%) de aquélla que percibía como pensión a su fallecimiento, mientras que con la modificación introducida por la Ley N.° 27617, establece que la pensión de sobrevivientes que cause, será de hasta el 100%, dejando entrever que puede ser menor de dicho porcentaje.

Modificación al artículo 32° del Decreto Ley N.° 20530

El artículo 32º del Decreto Ley N.° 20530, conforme a su redacción original, establecía dos supuestos para el otorgamiento de la pensión de viudez; en el caso del cónyuge sobreviviente, disponía que el íntegro de la pensión sea entregada a ella, estableciendo un tratamiento diferenciado en el caso del hombre. En el ca-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

so de concurrencia del cónyuge sobreviviente con los hijos del causante, el 50% de la pensión correspondía a la primera, mientras que el otro cincuenta por ciento (50%) debía ser distribuido entre los hijos como pensión de orfandad.

En cambio, ahora se establecen 3 supuesto dentro de los cuales procede el otorgamiento de la pensión de viudez. Así, sólo le corresponde a la viuda el ciento por ciento (100%) de la pensión, cuando el monto de ésta no supere una remuneración mínima vital, imponiendo un tope al monto de la pensión que le corresponde a la viuda; de otro lado, establece que le corresponderá el 50% de la pensión, cuando su valor sea mayor a una remuneración mínima vital, en cuyo caso, la pensión mínima de viudez es equivalente a una remuneración mínima vital. Finalmente, establece una bonificación a favor del cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión, quien en caso de requerir cuidado permanente de otra persona, además de la pensión correspondiente, recibirá una bonificación mensual equivalente a una remuneración mínima vital, previo dictamen.

Modificación al artículo 34° del Decreto Ley N.° 20530

Inicialmente, el artículo 34° del Decreto Ley N.° 20530, disponía que correspondía la pensión de orfandad, a los hijos menores de edad del trabajador, así como a los hijos adoptivos si la adopción era antes que el adoptado cumpla 12 años de edad, y el fallecimiento ocurriera luego de 12 meses de efectuada la adopción; dicho beneficio correspondía también a los hijos minusválidos del trabajador, en estado de incapacidad física o mental así como a las hijas solteras del trabajador, mayores de edad cuando no tengan actividad lucrativa y carezcan de renta o no estén amparadas por ningún sistema de seguridad social.

Con la modificación introducida, en el caso de los hijos menores de 18 años, no se introduce modificación alguna, agregándose que dicha pensión se mantiene hasta los 21 años, siempre que siga estudios ininterrumpidos de nivel básico o superior en educación. En los casos de incapacidad de los hijos, se agrega que además de la pensión que le corresponda, se la pagará una bonificación adicional equivalente a una remuneración mínima vital, previa calificación; y, se eleva de 12 meses a 36, el tiempo que debe transcurrir entre la adopción y el fallecimiento del adoptante.

Como se observa, se elimina la pensión a favor de las hijas solteras y se establece que debe mediar mayor tiempo entre la adopción y el fallecimiento, por un lado, pero por el otro se establece aparentemente, una condición más beneficiosa a favor del hijo que siga de manera ininterrumpida estudios a nivel básico o superior de educación así como en el caso del pago de una bonificación adicional a la pensión de ser el caso, cuando el huérfano se encuentre incapacitado.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Modificación al artículo 35° del Decreto Ley N.° 20530

El Decreto Ley N.° 20530, en su artículo 35° establecía que la pensión de orfandad sería del íntegro de la pensión de sobrevivientes, en caso de no haber cónyuge, o 50% de la misma en caso de haberlo; del mismo caso, que en caso de haber varios hijos con igual derecho, la pensión se distribuirá en partes iguales.

Conforme a la nueva legislación, el monto máximo de la pensión de orfandad será equivalente al 20% del monto de la pensión que percibía o hubiera percibido el causante, sea que la pensión fuese de cesantía o invalidez; y, en el caso del fallecimiento de ambos padres, la pensión máxima sería del 40%, calculada sobre la base de la pensión más elevada, si ambos padres hubieran sido asegurados.

Se establece, así, un límite a la pensión que corresponde a cada hijo del causante, imponiéndose un tope en caso del fallecimiento de ambos padres. En un caso, la pensión se reduce del 100 o 50% al 20% (si hay o no concurrencia con el cónyuge), y en el otro, se establece como máximo el 40% en caso que ambos padres hayan fallecido.

Modificación al artículo 36° del Decreto Ley N.° 20530

En el caso de la pensión regulada en dicho artículo, a favor de los padres del causante, pasa una cosa similar al de la pensión de los huérfanos; anteriormente se establecía que les correspondía la pensión a ambos por parte iguales; sin embargo, a partir de la dación de la Ley N.° 27617, se dispone que la pensión en cada caso será no mayor al 20% de la que perciba o hubiera podido percibir el causante.

Modificación al artículo 48° del Decreto Ley N.° 20530

Finalmente, se modifica el artículo 48 del Decreto Ley N.° 20530, indicando que en general, la pensión de sobrevivientes, se genera desde el fallecimiento del causante, por lo que en tanto no se expida la resolución correspondiente se pagará una pensión provisional por el 90% de la probable pensión definitiva.

Tal porcentaje, por supuesto será calculado teniendo como base los límites establecidos en la legislación modificatoria.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

En conclusión, las modificaciones contenidas en el artículo 4° de la Ley N.° 27617, realizan un cambio radical en el sistema previsional contenido en el Decreto Legislativo N.° 20530, modificaciones que evaluadas en abstracto, son coherentes entre sí; sin embargo, ello no es materia de la presente acción de inconstitucionalidad, sino, determinar si el nuevo sistema previsional establecido por la Ley N.° 27617, es acorde con la Constitución vigente o no y si desnaturaliza el contenido de la Primera Disposición Final y Transitoria de ella. Cabe resaltar que los pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional en materia previsional, con ocasión de revisar la constitucionalidad del Decreto Ley N.° 25967, del Decreto Legislativo N.° 817 y de la Ley N.° 26835, estuvieron referidos básicamente a la pensión del trabajador cesante o jubilado, beneficiario del régimen previsional contenido en el Decreto Ley N.° 20530, no así respecto de la pensión de sobrevivencia.

El Tribunal Constitucional al emitir la STC N.° 008-1996-AI/TC, expuso claramente en su Fundamento N.° 15 que los derechos adquiridos son "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos"; en tal sentido, en el Fundamento N.° 19 de la misma sentencia, cuando el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el momento en que se adquiere el derecho a obtener una pensión nivelable, expuso que "como el Decreto Ley N.° 20530 y sus modificatorias, señalan cuáles son los requisitos necesarios para gozar de tal beneficio y la forma cómo ésta se efectivizará, la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos, aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente, por cuanto este incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley que no esta supeditado al reconocimiento de la administración, que no es la que en modo alguno otorga el derecho, que como se ha recordado, nace del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley".

Por ello, corresponde en este momento, determinar si cuando se hace referencia a las pensiones de sobrevivientes, estamos frente a un derecho adquirido, uno de carácter expectaticio, o frente a una situación jurídica diferente de las enunciadas:

a. En cuanto a los derechos adquiridos, conforme se ha expuesto, estos nacen del simple cumplimiento de los requisitos establecidos para su goce; sin embargo, en el caso de las pensiones de sobrevivencia, no existe requisito alguno; por el contrario, su goce esta supeditado del fallecimiento del pensionista, como "formalidad" o "condición" necesaria para el disfrute de la pensión de viudez u orfandad, no así, para el establecimiento o declaración de un derecho.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

b. Concordante con lo señalado, no podría considerarse que existe un derecho expectaticio, allí donde no existe "requisito" que tenga que cumplirse, como presupuesto previo para la obtención, a futuro, de un derecho de naturaleza previsional.
c. Luego, si para el otorgamiento de dichas pensiones, no existe requisito alguno, sino que, basta el acaecimiento de la muerte del pensionista —causante, por los efectos sucesorios que ello acarrea—, es evidente que tales pensiones constituyen una prestación previsional derivada de la pensión principal otorgada a quien fue el titular de un derecho adquirido. En ese orden de ideas, no se puede pretender la modificación "en peor" de las condiciones en que se otorgan las pensiones de sobrevivientes, a sus beneficiarios, por derivar de aquella inicialmente reconocida al pensionista del Decreto Ley N.° 20530.
d. Debe tenerse presente, además, lo dispuesto por el artículo 48° del Decreto Ley N.° 20530, tanto con la redacción original como la modificada, cuando establece que el derecho a la pensión de sobrevivientes "(...) se genera (...)", desde la fecha en que fallece el causante.

Dicha norma puede ser interpretada de dos maneras, cuando menos: la primera, en el sentido que el derecho existe y está sujeto a una condición suspensiva (el "fallecimiento" del causante), con lo que no estamos frente a un derecho expectaticio o adquirido, sino frente a uno latente y cuyo goce se hará efectivo al fallecimiento del causante; y, la segunda, que parte de otorgar al fallecimiento del causante, la calidad de requisito, situación ésta última que no es compartida por el Tribunal Constitucional, como ya se ha expuesto.

A mayor abundamiento, cabe resaltar que uno de los requisitos *sine qua non* para acceder a una pensión, en cualquier régimen previsional, es el de aportar diferentes sumas de dinero, durante un periodo mínimo de años, situación que no ocurre en el caso de la pensión de sobrevivencia, por cuanto la cónyuge, hijos o padres del causante, en ningún momento realizaron aportación alguna al régimen previsional, ni mucho menos laboraron dentro del mismo; únicamente, al fallecimiento del causante, son beneficiados con una pensión, en las condiciones en se encontraba regulada, cuando el pensionistas adquirió su derecho y del cual derivan las pensiones de sobrevivientes.

Es claro entonces, que las pensiones de sobrevivientes están ligadas a la pensión adquirida por su titular, y que así como dicha pensión –en algunos casos nivelable y sin topes– no puede ser modificada una vez adquirida, sino respecto de quienes tienen un derecho aún expectaticio, también lo es que las prestaciones de sobre-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

vivencia modificadas, sólo pueden ser aplicables a futuro, a los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria, aún no habían concretado su derecho previsional, esto es, adquirido su derecho a una pensión.

Por ello, las modificaciones introducidas por el artículo 4° sólo pueden ser aplicadas a los sobrevivientes de quienes, a la fecha de la dación de la norma impugnada, no tenían ningún derecho adquirido. Por el contrario, sí es inconstitucional que se pretenda la aplicación de las modificaciones introducidas en el Decreto Ley N.° 20530, por el artículo 4° de la Ley N.° 27617, a quienes, independientemente de la fecha de fallecimiento del causante, en virtud de los derechos adquiridos por este, tienen derecho a una pensión en las condiciones contenidas en la legislación previsional vigente al momento en que el causante adquirió sus derechos previsionales.

El artículo 5° de la Ley N.° 27617

En el caso de este artículo el Tribunal Constitucional no aprecia que el mismo sea contrario a la Constitución, dado que establece que la cobertura de las pensiones de sobrevivientes, cuando sean otorgadas en varios supuestos, sumadas todas ellas no pueden exceder del 100% de la que correspondía al causante. Tal situación es lógica y coherente, con lo dispuesto en el artículo 27° del Decreto Ley N.° 20530.

El artículo 6° de la Ley N.° 27617

Por el contrario, la disposición contenida en el artículo 6.1 de la Ley N.° 27617, sí debe ser declarada inconstitucional, pues, a contrario de lo expuesto en la presente sentencia, pretende la aplicación de la normatividad introducida por la Ley N.° 27617, tomando como base la fecha de fallecimiento del causante, cuando, como se ha expuesto, dicha hipótesis solo es posible cuando el causante, al momento de la dación de dicha norma no tenía ningún derecho adquirido. Por el contrario, el contenido de la disposición 6.2 de la Ley 27617, es perfectamente compatible con lo normado en el artículo 103° de la Constitución.

El artículo 6° de la Ley N.° 27617

Este Colegiado no considera que el artículo 11° bajo comentario sea inconstitucional, porque contiene una norma destinada a financiar el incremento de la pensión mínima dentro del SNP, así como la afectación de los intereses de los fondos administrados por el FCR –los mismos que no tienen la calidad de intangibles–; en tal sentido, no sólo no contraviene disposición constitucional alguna, sino que, además, permite que el Estado Peruano cumpla con las obligaciones previsionales que le corresponden.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA:

Declarando FUNDADA en parte, la demanda presentada por don Carlos Repetto Grand y más de 5,000 ciudadanos en contra de la Ley N.° 27617; en consecuencia, INCONSTITUCIONAL la disposición contenida en el numeral 6.1. del artículo 6° de la Ley N.° 27617; e INFUNDADA dicha demanda en sus demás pretensiones, así como las otras demandas materia de la presente sentencia. Dispone la incorporación de los Fundamentos 2.2., 6.1, 17 y 18 al Fallo de la presente sentencia, debiendo los poderes del Estado, a tenor del artículo 35° de la Ley N.° 26436, Orgánica del Tribunal Constitucional, aplicar la norma impugnada, conforme se ha expuesto, bajo responsabilidad; esto también obliga, con mayor razón, a la administración y a los órganos de la administración de justicia, en este último caso, conforme a la Primera Disposición General de la Ley N.° 26435; del mismo modo, dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 403-2000-AA/TC
PUNO
VICTORIA YUPANQUI MENDOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO:
Recurso extraordinario interpuesto por doña Victoria Yupanqui Mendoza contra la sentencia de la Sala Civil de San Román - Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno, de fojas 442, su fecha 29 de febrero de 2000, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES:
La recurrente interpone acción de amparo contra el Director Regional de Educación de la Región Moquegua-Tacna-Puno, profesor Elías Peralta Hinostroza, con el objeto de que se le incorpore al régimen de pensiones del Estado, Decreto Ley N.° 20530. Afirma que ingresó a laborar al servicio del Estado el 20 de junio de 1977, en el cargo administrativo de auditora, y que fue reasignada como docente a partir del 16 de marzo de 1988. Señala, asimismo, que mediante Resolución Directoral N.° 0298, de fecha 24 de julio de 1990, se acumularon los cuatro años de estudios profesionales a su tiempo de servicios y que, a partir de mayo de 1990, se le descontaron los aportes para el Fondo de Pensiones del Decreto Ley N.° 20530, por lo que le asiste el derecho de pertenecer a ese régimen. Sin embargo, sin que medie resolución alguna, a partir de febrero de 1993, sus aportes fueron derivados al Fondo de Pensiones del Decreto Ley N.° 19990.

La Dirección Regional de Educación – Puno contesta la demanda y señala que la recurrente no ingresó al sector público antes del 26 de febrero de 1974. Asimismo, alega que la demandante ingresó a la carrera docente recién en el año 1988, y que la Ley N.° 25212 sólo es aplicable para aquellos docentes que ingresaron al servicio hasta el 31 de diciembre de 1980.

La Procuradora Pública del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación, y propone las excepciones de falta de legitimidad para obrar

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

del demandado y falta de agotamiento de la vía administrativa; afirma, asimismo, que la demandante ha sido excluida del Decreto Ley N.° 20530 en ejercicio regular de un derecho y al amparo de la Constitución y las leyes.

La Oficina de Normalización Previsional (ONP) señala que en esta vía la demandante no puede pedir la incorporación a un régimen previsional, ya que requiere acreditar los años durante los cuales laboró en el cargo administrativo y como profesora; además de probar si cumple o no los requisitos de ley. Asimismo, alega que la actora no ha acreditado haber sido objeto de privación unilateral de pensión, toda vez que la Constitución protege el derecho a la pensión, mas no el derecho de acceder a un régimen pensionario.

El Segundo Juzgado Mixto de San Román Juliaca, a fojas 391, con fecha 7 de diciembre de 1999, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar que la Resolución Directoral N.° 0298, al reconocer y acumular los cuatro años de formación profesional a los años de servicios, incorporó automáticamente a la demandante al régimen de pensiones del Decreto Ley N.° 20530.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que no es legal acumular los cuatro años de estudios profesionales al tiempo de servicios prestados por el trabajador en forma retroactiva.

FUNDAMENTOS:

1. El Decreto Ley N.° 23466 estableció que para estar comprendidos en el régimen de pensiones del Decreto Ley N.° 20530, era necesario contar con siete años o más de servicios prestados a la Administración Pública al 26 de febrero de 1974; y, de acuerdo con los documentos que obran en autos, doña Victoria Yupanqui Mendoza ingresó a trabajar al servicio del Estado el 20 de junio de 1977.

2. El artículo 1.° de la Ley N.° 24156 establece que los funcionarios y servidores públicos con título universitario o de nivel equivalente, con un mínimo de quince años de servicios reales prestados al Estado en el caso de los varones, y de doce años y medio en el de las mujeres, tienen derecho de agregar a su tiempo de servicios un período adicional de hasta cuatro años de formación profesional, cualquiera que sea el régimen de pensiones en el que se encuentren. El Tribunal Constitucional considera que este derecho no se adiciona al final, sino que se antepone, por lo que, en el presente caso, procede la reincorporación de la recurrente al régimen de pensiones del Decreto Ley N.° 20530.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA:

REVOCANDO la recurrida que, revocando la apelada, declaró infundada la acción de amparo; y, reformándola, la declara FUNDADA; en consecuencia, ordena que la emplazada reincorpore a la demandante al régimen pensionario del Decreto Ley N.° 20530. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 156-2001-AA/TC
LIMA
ROSA CARMEN MEDINA PANTOJA DE FARRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO:

Recurso extraordinario interpuesto por doña Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Publico de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 125, su fecha 22 de noviembre de 2002, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES:

La recurrente, con fecha 22 de febrero de 2000, interpone acción de amparo contra el Procurador Público del Ministerio de Salud, el Instituto de Salud del Niño y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto de que se declare inaplicable a su caso la Resolución N.° 4233-1999/ONP-GO, de fecha 29 de diciembre de 1999, y se le incorpore al régimen pensionario del D.L. N.° 20530. Afirma que desde el 1 de enero de 1967 laboró como auxiliar de enfermería en el Hospital del Niño del Área de Salud de Lima, en virtud de Resolución Ministerial N.° 6927-67, de fecha 18 de mayo de 1967, y renunció a su cargo de Técnico de Enfermería II, Nivel 12, Plaza N.° 4420 del Hospital del Niño, la cual le fue aceptada el 1 de junio de 1985, según la Resolución Directoral N.° 2440-85-RSL/OP. Argumenta como fundamento de derecho a su favor lo previsto en el artículo 4.° del Decreto Ley N.° 20530, en armonía con lo señalado por el artículo 1.° de la Ley N.° 24366, ya que había acumulado un récord de servicios mayor de 18 años a favor del Estado.

La ONP contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente, en razón de que en una acción de garantía no se ventila la discusión de un derecho, por no estar establecida una etapa probatoria; e infundada por motivo de que la

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

demandante, al momento de la emisión de la Ley N.° 24366, de fecha 22 de diciembre de 1985, mediante propia solicitud ya había cesado en sus funciones.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud propone la excepción de representación defectuosa o insuficiente del codemandado Instituto de Salud del Niño.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas 68, con fecha 10 de abril de 2000, declaró infundada la excepción propuesta e infundada la demanda, aduciendo, principalmente, que la demandante no posee un derecho pensionario reconocido dentro del régimen del Decreto Ley N.° 20530, y que su caso representa una expectativa creada en virtud de la Resolución Directoral de fecha 10 de julio de 1985, por lo que en alcance de la Ley N.° 11377 solicitó su incorporación, que ha sido denegada por la entidad administrativa, siendo en consecuencia no amparable tal requerimiento en razón de que una acción de garantía no tiene por finalidad declarar o constituir derechos.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS:

1. La presente acción de amparo tiene por objeto que se declare no aplicable a la demandante las resoluciones N.° 01039-98/ONP-DC, de fecha 1 de julio de 1998 y 4233-1999/ONP-GO, de fecha 29 de diciembre de 1999, que deniegan su acceso al goce de una pensión dentro del régimen del Decreto Ley N.° 20530.

2. Este Tribunal, antes de dilucidar el derecho de pensión de la demandante, expone que nuestra Carta Política en su artículo 1.° establece que: "(...) la defensa de la persona humana (...) son el fin supremo de la sociedad y del Estado" por lo que en armonía con este precepto constitucional corresponde a las autoridades, en aplicación de la normativa correspondiente, dotar a las personas de su acceso a una seguridad social que debe considerarse como una contraprestación a favor de aquellos que entregaron su cuota de trabajo en beneficio de la sociedad. Por lo mismo, la interpretación de una norma jurídica deberá efectuarse dentro de una perspectiva que permita la plena vigencia del derecho a una pensión, sin que una limitación de la misma constituya un recorte al acceso de la seguridad social.

3. De acuerdo a ello este Colegiado, en el caso de autos, parte de una premisa fundamental: señalar las reglas establecidas para acceder al régimen pensiona-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

rio del Decreto Ley N.° 20530 que, como una norma sustantiva y básica sobre el particular, fija las condiciones para alcanzar una pensión dentro de su régimen. Es así que en su artículo 4.° prescribe que: "el trabajador adquiere derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre; y de doce y medio, si es mujer". Mientras la Ley N.° 24366, norma posterior que rige la secuencia para alcanzar un derecho de pensión dentro de este régimen, establece algunas condiciones, a saber (Art. 1.°): "los funcionarios y servidores públicos que a la fecha de la dación del Decreto Ley N.° 20530, contaban con siete o más años de servicios, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones del Estado, establecido por dicho Decreto Ley, siempre que hubieran venido trabajando ininterrumpidamente al servicio del Estado"; por consiguiente, la aplicación de esta última norma fue determinante para que el ente administrativo deniegue su pensión a la demandante.

4. En el caso de autos, por este aparente conflicto de normas, este Tribunal, como operador de la justicia constitucional, opta por la aplicación de la norma que da acceso a la pensión de la demandante, y llega a la convicción de que la agraviada, al haber alcanzado un récord de servicios de carácter ininterrumpido a favor del Estado por un lapso de tiempo mayor a 18 años, sí posee el derecho de acceder a una pensión dentro del régimen del Decreto Ley N.° 20530. Ello además porque se entiende que al haber cesado en su servicios, el 1 de junio de 1985, la norma aplicable a su caso es el Decreto Ley sustancial (N.° 20530) más no así la norma que restringe su derecho a la pensión y es posterior (Ley N.° 24366 del 22 de noviembre de 1985). Por todo lo expuesto, valorando la documentación que corre de fojas 5 a 6 de autos, queda probada la vulneración al derecho de pensión de la demandante.

5. En este caso, los representantes de la demandada, por no haber obrado con dolo, se encuentran eximidos de la aplicación del artículo 11.° de la Ley N.° 23506.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA:

REVOCANDO en parte la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró infundada la acción de amparo; y, reformándola la declara FUNDADA; en consecuencia, se declara no aplicables a la demandante las Resoluciones N.os 01039-98/98/ONP-DC y 4233-1999/ONP-GO, y ordena que el Ministerio de Sa-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

lud cumpla con expedir la resolución correspondiente a efectos de que doña Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro acceda a una pensión dentro del Régimen del Decreto Ley N.° 20530, y la confirma en lo demás que contiene. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 189-2002-AA/TC
LIMA
CARLOS MALDONADO DUARTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de junio de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente, Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO:

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Maldonado Duarte contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 392, su fecha 10 de mayo de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES:

El recurrente interpone acción de amparo contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable a su caso el artículo 5. ° del Decreto Ley N.° 25792, y se le abone su pensión nivelable con los haberes que percibe su homólogo en actividad de la SBS. Manifiesta que, en su calidad de pensionista del régimen del Decreto Ley N.° 20530, mediante carta notarial ha requerido a la SBS que cumpla con pagar su pensión de cesantía y con nivelar la misma con el haber que percibe el servidor en actividad que tenga igual cargo al último que desempeñó en ella; agregando que la SBS, mediante la Resolución SBS N.° 220-93, anuló la resolución que había reconocido el derecho pensionario de la Ley N.° 24366. Asimismo, indica que su pedido de nivelación le fue denegado, a pesar de gozar de pensión nivelable.

La SBS propone las excepciones de cosa juzgada y falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda manifestando que al demandante se lo incorporó en el régimen del Decreto Ley N.° 20530, infringiendo el artículo 14° de dicha norma legal, por lo que se declaró nula la Resolución Administrativa SBS N.° 421-90, mediante la cual se había otorgado "indebidamente" la pensión de cesantía. Agrega que la controversia radica en determinar si corresponde o

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

no el reajuste de la pensión de jubilación del demandante, lo cual alega no puede realizarse —a su criterio—mediante la acción de amparo.

La ONP propone la excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de formular la demanda y de falta de agotamiento de la vía administrativa y caducidad; y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, manifestando que la pretensión del demandante de que se le nivele la pensión que le pueda corresponder, y de la que, sin embargo, no goza, por haberse declarado su nulidad, no debe homologarse con la de un servidor en actividad de la SBS, ya que los mismos pertenecen al régimen de la actividad privada, añadiendo que el conflicto no está relacionado con un tema constitucional sino legal, que para el caso requiere de un proceso más lato, a fin de que en la estación probatoria se lo pueda dilucidar.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, propone las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de agotamiento de la vía administrativa, caducidad, y falta de legitimidad para obrar del demandado; y contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, señalando que la pretensión requiere de pruebas, por lo que no puede ser resuelta en una acción de amparo; asimismo, respecto a la nivelación con los servidores activos de la SBS, dicha pretensión es improcedente, toda vez que los mismos pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo Nº 728.

El Tercer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas 294, con fecha 31 de agosto de 2000, declaró infundadas las excepciones e infundada la demanda, por considerar que el artículo 5° del Decreto Ley N.° 25792 no afecta ningún derecho fundamental del demandante, puesto que sólo dispone la transferencia, al pliego presupuestal del Ministerio Economía y Finanzas, lo que correspondía pagar a la SBS a sus pensionistas, jubilados y cesantes comprendidos en el Decreto Ley N.° 20530.

La recurrida revocó la apelada en el extremo que declaró infundada la acción de amparo y, reformándola, la declaró improcedente, por considerar que no proceden las acciones de garantía cuando se opta por recurrir a la vía judicial ordinaria; y la confirma en lo demás que contiene. Contra esta resolución el demandante interpone recurso extraordinario.

FUNDAMENTOS:

1. La Ley de Goces de 1850 constituyó el estatuto pensionario de los servidores públicos hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que se promulgó el De-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

creto Supremo que introdujo adiciones a la Ley N.° 13724 –Ley del Seguro Social del Empleado- que dispuso, entre otros aspectos, que quedaban incorporados en el Seguro de Pensiones creado por dicha Ley, los empleados públicos nombrados con posterioridad a esa fecha. Con esta Ley, además de unificarse el régimen pensionario de los empleados particulares y públicos, virtualmente se cerró el régimen de la Ley de Goces de 1850, manteniendo ésta su vigencia sólo para aquellos servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962, adscritos a dicho régimen pensionario, salvo aquellos que hubieran optado por el nuevo.

2. Dentro de las normas que atañen a la aplicación de la Ley de 22 de enero de 1850, la que más relevancia tiene es la Ley N.º 8435, de 7 de agosto de 1936, en razón de que dispone, literalmente:

   "Artículo 1º.- Quedan comprendidos en los beneficios de la Ley de 22 de enero de 1850, del Decreto Supremo de 4 de noviembre de 1851 y en los que conceden las demás leyes y disposiciones vigentes sobre jubilación, cesantía y montepío, todos los funcionarios, los profesionales y los empleados que hubieren prestado o que presten servicios al Estado, en los diversos ramos de la administración pública, Tribunal Marítimo y de todas las demás dependencias fiscales.

   Artículo 2º.- Quedan, igualmente, comprendidos en los beneficios de la presente ley todos los empleados de las Municipalidades, de las Beneficencias y de las Compañías Fiscalizadas con fondos propios de ellas".

3. El Decreto Ley N.º 20530 fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío – Ley de Goces-, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal. Por ello, la propia norma, en su artículo 4º, establece que es un régimen de pensiones de carácter cerrado. No obstante, en diversas ocasiones fue abierto por ley; una de ellas es la invocada en la presente acción por el demandante, esto es, por la Ley N.º 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985.

4. Aun cuando el régimen creado por este Decreto Ley, inicialmente era cerrado, a través de diferentes Leyes se ha ampliado su alcance. Así por ejemplo, mediante el Decreto Ley Nº 22150, de 25 de abril de 1978, que fuera Ley de la Carrera Diplomática, se permitió que los diplomáticos se incorporasen, sin excepción, en dicho régimen. Del mismo modo, con la Ley Nº

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

24029, de 12 de diciembre de 1984, se incorpora al profesorado al régimen del Decreto Ley Nº 20530, precisándose en el reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 019-90-ED, que dicha incorporación correspondía a los que ingresaron al servicio oficial como nombrados o contratados, hasta el 31 de diciembre de 1980; igualmente, mediante la Ley Nº 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985, se abre el sistema para todos aquellos que al 24 de febrero de 1974 (fecha de dación del Decreto Ley Nº 20530) contaban con 7 o más años de servicios y continuaban haciéndolo de manera ininterrumpida. Luego, de igual forma, mediante Ley Nº 25273, de 16 de julio de 1990, se incorporó al régimen del propio Decreto Ley N.º 20530 a los servidores comprendidos en la "Ley de Goces" de 1850 y que a la fecha (16 de julio de 1990) se encontrasen laborando, sin solución de continuidad, en las empresas estatales de derecho público o privado.

5. El sistema pensionario creado por el Decreto Ley N.º 20530 está abierto por la Ley Orgánica del Poder Judicial a favor de los magistrados que cumplan diez años de servicios.

6. Por otro lado, la Ley N.º 25066 del 25 de junio de 1989 establece en su artículo 27º que los funcionarios y servidores públicos que hubiesen estado laborando para el Estado en condición de nombrados o contratados a la fecha de la dación del Decreto Ley 20530, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones de dicho Decreto Ley, siempre que, a la fecha de su entrada en vigencia se encontrasen prestando servicios al Estado dentro de los alcances de la Ley N.º 11377 y del Decreto Legislativo N.º 276. Se agrega que el aporte correspondiente al Fondo de Pensiones, se determinará previa deducción de pensiones de lo efectuado al régimen del Decreto Ley N.º 19990, como lo establece la Sétima Disposición Transitoria del mismo.

7. Con la creación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Ley N.º 13724) y la emisión del Decreto Supremo de fecha 12 de julio de 1962, se dispuso que los servidores públicos comprendidos en el régimen de la Ley N.º 11377 obligatoriamente quedarían adscritos a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. En consecuencia, el 12 de julio de 1962 se cierra el acceso al régimen de cesantía, jubilación y montepío (pensión nivelable), ya que los que iniciaron sus servicios a partir de dicha fecha, pertenecen, necesariamente, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, y los que iniciaron sus servicios con anterioridad a dicha fecha quedarán adscritos a la Ley de Goces.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

8. El artículo 1° de la mencionada Ley N.° 24366, del 21 de noviembre de 1985, al declarar que "Los funcionarios y servidores públicos que a la fecha de la dación del Decreto Ley Nº 20530, contaban con siete o más años de servicios, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones del Estado, establecido por dicho Decreto Ley, siempre que hubieran venido trabajando ininterrumpidamente al servicio del Estado", abre una nueva vía de acceso al régimen del Decreto Ley N.° 20530.

9. En el caso de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, cuyo derecho a la reposición ha amparado este Tribunal, incluyendo el reconocimiento del tiempo de servicios durante los años de la injusta separación, se entiende que ellos deben abonar los aportes que correspondan al régimen pensionario del Decreto Ley N.° 20530.

10. A efectos del reconocimiento del tiempo de servicios, debe tenerse en cuenta, además, que se debe laborar para el Estado la jornada mínima de trabajo, y que a aquellos servidores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, que hubieren incorporado a su patrimonio derechos adquiridos provenientes del artículo 41° del Decreto Ley N.° 20530 o de las Leyes N.° 24156 o 25171, normas ya derogadas, se les computa de abono hasta cuatro (4) años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos en caso de hombres y doce y medio en caso de mujeres. Este abono se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado y no con anterioridad, es decir, no se agrega al inicio de su relación laboral con el Estado, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41° del Decreto Ley N.° 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince o doce y medio años según sea el caso. En el pasado, y sobre la base de antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa sumatoria retroactiva, que el Tribunal Constitucional, a partir de esta fecha y para el futuro, descarta.

11. En el caso accionado por la Sra. Medina Pantoja (expediente 156-2001-AA/TC) publicado el 3 de junio de 2003, el Tribunal debió considerar, entre otras, dos normas con especial vocación constitucional en la materia, de modo que, en virtud de los principios jurídicos específicos que protegen al trabajador —*in dubio pro operario*—, así como de los generales de equidad e igualdad, estimó que debía preferirse la aplicación del Decreto Ley N.° 20530, toda vez que tal norma, en su Quinta Disposición Transitoria, otorgaba el derecho —durante su vigencia— a los servidores que, como la demandante, al momento de entrar en vigencia el Decreto Ley N.° 20530, hubie-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

sen acumulado no menos de 7 años de servicios, teniendo en cuenta, además, que, en principio, el "ocio" de nivel reglamentario no debe privar de derechos nacidos de normas de mayor jerarquía, en otras palabras, que el "ocio" del Ejecutivo no debe impedir el cumplimiento de la ley y sus objetivos. Consecuentemente, como la Ley N.° 24366, invocada por la demandante para ingresar en el sistema del Decreto Ley N.° 20530, no permitía su acceso, puesto que las condiciones que ella establecía no eran plenamente satisfechas en su caso, mientras que el Decreto Ley N.° 20530 —en su glosada Quinta Disposición Transitoria, en concordancia con el artículo 4° de dicho Decreto Ley —sí parecía hacerlo, el Tribunal, en cumplimiento del principio que obliga al juez a aplicar la norma jurídica pertinente aun cuando ésta no haya sido invocada (Código Civil, Título Perliminar, Artículo VII, concordante con el brocardo jurídico *iura novit curia*), se inclinó por sancionar el derecho reclamado.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la Constitución Política del Perú promueve un sistema de seguridad social, no sólo justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas, este Colegiado, habida cuenta de la especial trascendencia del caso, ha considerado necesario reabrir y profundizar el examen de la materia y, en armonía con otras disposiciones de la Carta Magna, entre las que destaca su Segunda Disposición Final y Transitoria, ha resuelto apartarse del criterio adoptado, precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso al régimen del Decreto Ley N.° 20530.

12. En el caso *sub-examine,* las excepciones propuestas por la demandada deben desestimarse, pues conforme a la reiterada jurisprudencia establecida por este Tribunal en materia de pensiones, no es exigible el agotamiento de la vía previa, ni caduca la acción, por tratarse de derechos alimentarios, y la vulneración alegada es de naturaleza continuada; respecto de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, ésta, a criterio del Tribunal, es suficientemente clara y precisa, por lo que, conforme a lo establecido en el artículo 449° del Texto Unico Ordenado del Código Procesal Civil, también debe desestimarse; respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, propuesta por el Ministerio de Economía y Finanzas, la misma es desestimable toda vez que un extremo de lo que se va a resolver en este Colegiado, corresponde a la época en que estaba vigente la Ley Nº 25792, competencia del Ministerio en mención.

13. Ingresando al fondo de la *litis,* el demandante se encontraba en la Ley de Goces y era un servidor público bajo el régimen laboral de la Ley Nº 11377 en el Ministerio de Hacienda, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, desde octubre de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

1956 al 31 de octubre de 1982, fecha en que, al ser reasignado sin solución de continuidad a la Superintendencia de Banca y Seguros, donde laboró desde le 01 de setiembre de 1982, ya tenía derecho adquirido a pensión renovable.

14. Por tanto, la Ley N.° 24366, que norma los casos de reincorporación al sistema pensionario del Decreto Ley N.° 20530, no resulta, en sentido estricto, aplicable para aquellos pensionistas que, como el accionante, ya pertenecían a dicho régimen, es decir, ya estaban incorporados originariamente al mismo.

15. En uniforme y reiterada jurisprudencia se ha establecido que un pensionista que pertenece al régimen previsional del Decreto Ley N.° 20530, tiene derecho a una pensión nivelable, siempre que haya servido por más de 20 años al Estado, conforme lo dispuso la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1979. Cabe resaltar que este Colegiado ha señalado, asimismo, que la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese, teniendo presente lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Ley N.° 20530, el artículo 5° de la Ley N.° 23495 y el artículo 5° del Decreto Supremo N.° 0015-83-PCM.

16. En el presente caso, respecto de la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada, como se tiene dicho en el fundamento 15, no procede, toda vez que los trabajadores en actividad que laboran en la Superintendencia de Banca y Seguros pertenecen al régimen laboral de la actividad privada; en consecuencia, lo que señaló en el artículo 5° de la Ley N.° 25792, mientras estuvo vigente, en cuanto transfiere al Pliego Presupuestal del Ministerio de Economía y Finanzas la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones que correspondería pagar a la institución demandada a sus pensionistas, jubilados y cesantes del régimen del Decreto Ley N.° 20530, estableciendo que dichas pensiones tendrán como referencia las que dicho Ministerio paga a sus trabajadores y funcionarios, no vulneró derecho constitucional alguno del demandante.

17. Asimismo, se advierte de autos que, a través de la Resolución SBS 485-87, de fecha 16 de julio de 1987, de fojas 3, se reincorporó al demandante en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N.° 20530, y mediante la Resolución Administrativa SBS N.° 421-90, de fecha 5 de julio de 1990, de

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

fojas 6, se le otorgó pensión de cesantía nivelable a partir del 16 de julio de 1990, por sus servicios prestados a la Administración Pública, dentro del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N.° 20530; y que, sin embargo, fuera de los plazos de ley y sin mediar proceso judicial, en forma unilateral, la demandada, a través de la Resolución SBS N.° 220-93, de fecha 27 de mayo de 1993, declaró la nulidad de la resolución que le otorgó al demandante su pensión de cesantía. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 008-96-AI-TC, este Tribunal considera que los derechos pensionarios adquiridos por el demandante al amparo del Decreto Ley N.° 20530, no pueden ser desconocidos por la demandada en forma unilateral, puesto que contra resoluciones que constituyen cosa decidida, sólo procede determinar su nulidad a través de un proceso regular en sede judicial; siendo así, en el presente caso, se encuentra acreditada la vulneración de los derechos constitucionales invocados por el demandante.

18. Respecto del pronunciamiento de la Sala de desestimar la presente acción de amparo por considerar que el recurrente previamente optó por la vía paralela, este Colegiado considera que no existe el supuesto de improcedencia del inciso 3) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, toda vez que las tres acciones iniciadas previamente contienen otras pretensiones; la primera de ellas fue una acción de amparo cuyo objeto fue que se declarase inaplicable el Decreto Supremo N.° 008-91-JUS, y en que la Corte Suprema confirmó la improcedencia por haberse producido sustracción de la materia; la segunda una acción civil de restitución de derechos, en la que se resolvió su improcedencia por haberse interpuesto la demanda fuero del plazo de ley (caducidad); y, finalmente, la tercera, una acción civil signada con numero de expediente 49824-97 cuya materia era de obligación de dar suma de dinero.

19. Los criterios corrientes en esta sentencia sustituyen a cualesquiera otros que, con anterioridad, se hayan podido establecer. En todo caso, el Tribunal Constitucional, en uso de la atribución concedida en el artículo 55° de su Ley Orgánica, Ley N.° 26435, se aparta de la jurisprudencia recogida, en la materia, en sentencias anteriores, la que resulta así modificada.

20. Finalmente, considera este Colegiado que en aplicación de las Disposiciones Primera y Undécima de la Constitución Política del Perú y de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 20530, debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga. Asimismo, estima de su deber formular un llamado para que,

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de conformidad con los Principios Constitucionales respectivos, se revise y perfeccione el sistema de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA:

REVOCANDO en parte la recurrida, que, revocando la apelada, declara improcedente la demanda y, reformándola, la declara FUNDADA; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución SBS N.° 220-93, debiendo la demandada reanudar el pago de la pensión de cesantía nivelable del demandante, de acuerdo con el régimen del Decreto Ley N.° 20530, con las precisiones señaladas en los fundamentos numerados 15 y 16 de la presente sentencia; y la confirma en la parte que declara infundadas las excepciones propuestas. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
AGUIRRE ROCA

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

EXP. N.° 002-2003-AI/TC
LIMA
5,000 CIUDADANOS CON FIRMAS CERTIFICADAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de junio de 2003, reunido el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO:

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por los señores Adolfo Urbina Nizama, Pedro Carrasco Narváez, Jesús Jery Céspedes y don Felipe Sattler Zanatti, en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas certificadas, contra los artículos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley N° 27617, que dispone la "Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.° 19990 y modifica el Decreto Ley N.° 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones".

ANTECEDENTES:

Con fecha 13 de enero de 2003, los recurrentes, en representación de más de 5,000 ciudadanos, interponen acción de inconstitucionalidad contra el Congreso de la República, solicitando la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley N.° 27617, denominada "Ley que dispone la Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.° 19990 y modifica el Decreto Ley N.° 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones", para que se dejen sin efecto tales dispositivos.

Sostienen que la norma impugnada constituye un retroceso en los niveles de protección otorgados por la legislación vigente en materia de seguridad social en el Perú, pues afecta el ejercicio de varios derechos consagrados en la Constitución Política del Estado y colisiona con los derechos reconocidos y garantizados en los tratados internaciones de protección de los derechos humanos, adoptados y ratificados por el Perú.

Asimismo, manifiestan que los problemas de financiamiento de los sistemas públicos de pensiones, no son producto de la inviabilidad estructural de los mis-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

mos, sino de la falta de transparencia, del manejo político y de la negligencia, lo que ha socavado sus bases; y que la falta de fondos para sustentar las pensiones de los trabajadores incorporados, no es consecuencia de la falta de pago de las cotizaciones, sino del incumplimiento del Estado y los empleadores en su obligación de proveer lo que por ley les correspondía, o de que dichas cotizaciones fueron negligentemente invertidas o aplicadas a fines impertinentes.

Admitida a trámite la demanda, fue puesta en conocimiento del Congreso de la República, que designó como apoderado a don Jorge Campana Ríos, quien, con fecha 24 de abril de 2003, contestó la demanda, reproduciendo los argumentos expuestos en el Exp. N.° 0005-2002-AI/TC (Acumulado), en que se demandó la inconstitucionalidad, entre otros dispositivos, de los que ahora son materia de pronunciamiento; por ello, solicita que la demanda sea declarada infundada.

FUNDAMENTOS:

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 4°, y 5° de la Ley N.° 27617, en mérito a diversas razones que han sido expuestas en los antecedentes de esta sentencia. El Congreso de la República, por su parte, ha solicitado que se declare infundada la pretensión sobre la base de diversos fundamentos, también reseñados sucintamente en los antecedentes.

Con posterioridad a la contestación de la demanda, esto es, con fecha 24 de abril de 2003, se públicó en el diario oficial El Peruano la sentencia expedida por este Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 005-2002-AI/TC –en adelante "STC" o "la STC"–, en la que se declaró, por un lado, la constitucionalidad, entre otros, de los artículos 1°, 2°, 4°, y 5° de la Ley N.° 27617 y, por otro, la inconstitucionalidad del artículo 6°, inciso 1), de la misma Ley N.° 27617.

2. Tal circunstancia, por sí sola, dado el breve período de tiempo transcurrido entre aquélla y la sentencia que ahora se pronuncia, bastaría para declarar la insubsistencia, sobreviniente, de todo lo actuado, dado que, conforme prescriben los artículos 35° y 37° de la Ley N.° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (LOTC), las sentencias expedidas por este Tribunal tienen la autoridad de cosa juzgada. Y uno de sus efectos es, como se sabe, que una materia resuelta por este Tribunal –la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 4°, y 5° de la Ley N.° 27617-, ya no puede ser objeto de un nuevo pronunciamiento.

No obstante, al realizarse la audiencia pública, el apoderado del Congreso de la República ha solicitado que este Tribunal precise los alcances de su sentencia

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

y, en particular, la implicancias de algunos temas que, a su juicio, no se habrían explicitado del todo. En concreto: a) los alcances constitucionales de su pronunciamiento, pues el Tribunal Constitucional habría realizado un control de legalidad que, en su condición de Intérprete Supremo de la Constitución, no le corresponde; b) los alcances respecto a la interpretación de los dispositivos impugnados y, en particular, a las pautas dictadas al momento de su aplicación, lo que a su juicio es un exceso, que no se aviene con la autorrestricción que debe mostrar todo Tribunal Constitucional; c) que no se ha tomado en cuenta lo dispuesto en la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, pues no se ha evaluado la incidencia económica de la STC que se emitía; y, finalmente, d) los alcances de determinados criterios interpretativos que se han consignado, además, en el fallo de la sentencia expedida por este Tribunal.

3. Después de la realización de la audiencia pública, con fecha 20 de junio de 2003, el apoderado del Congreso de la República presentó un escrito reiterando lo que expuso en la vista de la causa, referente a la esencia del control de la constitucionalidad de la ley, el plazo de vigencia de la ley y la incorporación de los fundamentos al fallo de la STC, agregando objeciones al razonamiento empleado por este Colegiado en su pronunciamiento sobre la pensión de sobrevivientes.

4. Aunque definitivamente el proceso de inconstitucionalidad no es el medio más adecuado para absolver las dudas de las partes sobre lo que este Tribunal haya podido establecer en una anterior sentencia (pues, como también se sabe, ese propósito lo cumple la solicitud de aclaración, regulada en el artículo 59° de la LOTC), tampoco puede rehuir el tratamiento de los temas antes enunciados, no solamente porque ello supondría una inadmisible falta de consideración con la parte que lo ha solicitado, sino también porque, como se ha afirmado en el caso de la Reforma Constitucional (Exp. N°. 014-2002-AI/TC), "en una acción de inconstitucionalidad, se debe tener en consideración que al Tribunal se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y fomentando el desarrollo del derecho objetivo, al mismo tiempo de ejercer una labor de orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución" (Fund. Jur. N.° 33).

Control de Constitucionalidad de la Ley N.° 27617

5. Como se ha precisado, en la STC acotada, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 6.1 de la Ley N.° 27617, descartando así la impugnación a los artículos 1°, 2°, 4°, y 5°, entre otros, de la misma Ley.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Al declararse la inconstitucionalidad o, a su turno, la invalidez de los artículos impugnados en aquella acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evaluó dichos dispositivos legales contrastándolos con otras tantas disposiciones constitucionales y, en particular, con lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a saber que, "Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias".

6. A juicio del Tribunal, y teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre la materia (Cf. STC recaída en los Exp. N.ºs 007-1996-AI/TC y 008-1996-AI/TC, además de la expedida últimamente), dicha disposición contiene un mandato a los poderes públicos que, concretamente, se traduce en el deber de no afectar los derechos legalmente obtenidos, en particular, de los regímenes correspondientes a los Decretos Leyes N.ºs 19990 y 20530. A partir de dicho deber, ha sido una constante de este Tribunal dispensar protección a los titulares de dichos derechos, cuando ese ha sido el caso, no sólo en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución (acciones de inconstitucionalidad, por ejemplo), sino también en la de "guardián último de los derechos fundamentales" (acciones de amparo, esencialmente), tutela que ha concedido en todos aquellos supuestos en los que, a su juicio, haya sido evidente la afectación de los derechos a los que se refiere la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

7. Se ha cuestionado que en la STC reseñada en el Fundamento N.°1, este Tribunal haya efectuado una interpretación de la ley, y haya incorporado, en su parte resolutiva, algunos fundamentos jurídicos.

Sobre el particular, es menester subrayar que en una acción de inconstitucionalidad, a fin de determinar si la ley es o no compatible con la Constitución, se tiene necesariamente que proceder a interpretarla, además de la Constitución. En la sentencia sobre la Legislación Antiterrorista, este Tribunal afirmó, siguiendo por lo demás una práctica común y constante de todos los tribunales constitucionales, que el objeto de la acción de inconstitucionalidad lo constituye la disposición y las normas que forman parte de una fuente que tiene rango de ley; es decir, el enunciado lingüístico y los sentidos interpretativos que de él se derivan.

Asimismo, allí se sostuvo que no cabe que se declare la inconstitucionalidad de una disposición si, entre sus normas, esto es, los sentidos interpretativos de una disposición legislativa, es posible hallar una que sea compatible con la Constitu-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ción. Y aunque en ese caso se aludió a que ello era una exigencia derivada del vacío legislativo que se pudiera crear, con efectos tan o más inconstitucionales que la propia declaración de inconstitucionalidad, las sentencias interpretativas (como la que expidió este Tribunal) se justifican por la regencia de una serie de principios que informan el proceso de inconstitucionalidad, como el indubio pro legislatore, el democrático, y la presunción de constitucionalidad de la ley; del mismo modo, la declaración de invalidez constitucional siempre debe ser la última ratio a la que este Tribunal (y los jueces del Poder Judicial, desde luego) acuda: "Los jueces y tribunales –entre los que se ha incluido este mismo Tribunal, dice la Segunda Disposición General de la LOTC- sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional".

El cumplimiento de este principio jurídico exige, desde luego, que este Tribunal analice las diversas formas cómo puede interpretarse una disposición legal, y declarar su inconstitucionalidad sólo en el supuesto en los que no exista, por lo menos, un sentido interpretativo que pueda resultar compatible con la Norma Suprema. Evidentemente, ello implica la interpretación previa de la disposición impugnada. Y no por ello se puede acusar a este Tribunal de haber realizado un control de legalidad.

8. Ciertamente, la expedición de sentencias interpretativas no es una invención del Tribunal Constitucional peruano, como tampoco lo es que determinados fundamentos –que contengan criterios interpretativos que sirvan para no declarar la inconstitucionalidad de la disposición- se aniden en la parte resolutiva de la sentencia.

Sobre las sentencias interpretativas, cabe precisar que éstas son "aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados" [Tribunal Constitucional de España, STC 5/1981, Fun. Jur. N°. 6]; y son empleadas por diversos tribunales constitucionales, como el alemán, país en el cual se les ha denominado Verfassungskonforme auslegung; el italiano, donde reciben el nomen iuris de sentenze adeguatrice, o el español, en el que la doctrina las ha denominado, a secas, como "sentencias interpretativas".

Respecto a la inclusión de fundamentos en el fallo, dichos tribunales constitucionales, como también ha sido una práctica constante del nuestro –desde sus sentencias inaugurales– suelen hacerlo con el objeto de precisar (y no confundir) que

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

no se interprete la disposición en un sentido declarado inconstitucional. Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional Federal Alemán "Si el Tribunal declara, en el ámbito de una interpretación conforme a la Constitución' de una disposición del derecho ordinario, que ciertas interpretaciones de ésta, de por sí posibles, son incompatibles con la Ley Fundamental, ningún otro juez puede entender tales interpretaciones como conformes a la Constitución" (BVerfGE 40, 94).

9. Y aunque bastaría el solo hecho de que se detallen tales criterios interpretativos en los fundamentos de la sentencia para que a partir de allí todos los poderes públicos estén vinculados (y, entre ellos, los jueces y la administración pública) [pues, como reza el artículo 35 de la LOTC, "las sentencias –en su conjunto y, por tanto, las ratio decidendi de su parte considerativa– recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación..."], es también una práctica común de los tribunales constitucionales incorporar dichos criterios en la parte resolutiva, a fin de que sean aplicados por los operadores del derecho al resolver casos concretos. En Alemania, en efecto, tal reenvío a los fundamentos, a través del fallo, suele expresarse mediante la frase: "in der sich aus den Grunden ergebenden Auslegung"; en la Corte Costituzionale, a su vez, con la frase "nei sensi di cui in motivazione...", para no citar el caso español, tan conocido entre nosotros, en atención a razones idiomáticas.

La pensión de sobrevivencia

10. En los Fundamentos N.ºs 16. a 18. de la STC, el Tribunal Constitucional, luego de descartar que la naturaleza de la pensión de sobrevivientes entrañe derechos de naturaleza expectaticia o adquiridos –al no haberse regulado requisito alguno para su goce–, optó por considerar, como no podía ser de otra manera, que tal pensión se encuentra ligada a la que en su oportunidad adquirió el titular. Se trata, en buena cuenta, de una prestación "derivada", y no de una "adicional" (STC. Fundamento N.° 16.c).

11. La referencia al fallecimiento del causante como "formalidad" o "condición" para el goce de las pensiones de sobrevivientes (Fundamento N.° 16.a, de la STC), debe ser entendida en el contexto expuesto en dicho apartado, y no como una conclusión; esto es, en el sentido de que, dentro del supuesto que el fallecimiento del causante constituya un requisito para el goce de las pensiones de sobrevientes, ello implicaría que tal goce se inicie una vez "cumplida" la formalidad o condición acotada, sin que se dé a entender, en ningún momento, que

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ambas –formalidad o condición– son sinónimos, como evidenciaría una lectura incompleta de la STC.

Por el contrario, de una lectura integral de la STC, fluye que la conclusión a que se llega sobre dicho extremo, se encuentra consignada en el Fundamento N.° 16.d segundo párrafo, donde se establece que uno de los sentidos interpretativos que corresponde al artículo 48° del Decreto Ley N.° 20530, modificado por la norma impugnada, es el de que, en el caso de la pensión de sobrevivientes, nos encontramos frente a un derecho sujeto a condición suspensiva, y no frente a uno de carácter adquirido o expectaticio.

12. Así, es patente que al evaluar la constitucionalidad de la norma impugnada en dicho Fundamento, el Tribunal Constitucional optó por una de las opciones interpretativas acordes con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, respecto a la interpretación que corresponde a la norma impugnada, en lugar de derogar la misma, en caso que uno de los sentidos interpretativos fuese contrario a la Constitución.

La vigencia de la Ley N.° 27617

13. En cuanto a la vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N.° 27617 al Decreto Ley N.° 20530, el Tribunal Constitucional ya se pronunció en el Fundamento N.° 20. de la STC, y dado que el artículo 6° de la primera no ha sido impugnado en autos, no cabe hacer referencia alguna sobre el particular, más aún cuando la propia STC no ha sido objeto de pedido de aclaración.

Incidencia económica de la STC

14. Se comenta con ligereza que en el pronunciamiento de una serie de causas, este Colegiado no estaría mensurando las consecuencias de sus decisiones. Tales dichos remiten su sustento a la Undécima de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución, que señala que las disposiciones de la Norma Suprema que requieran nuevos o mayores gastos se aplican progresivamente, y a la Segunda, que establece que "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional".

Conviene enfatizar que una interpretación constitucionalmente adecuada de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no puede desvincularse del telos que inspira a la Primera, según la cual "Los nuevos regímenes

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias".

De modo tal que cuando la Segunda Disposición establece que el Estado garantiza "el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra", con ello no sólo se está estableciendo un mandato al Estado de pagar "oportunamente" las pensiones que administra y, en particular, las reguladas por los Decretos Leyes N.os 19990 y 20530, sino, además, el de "reajustarlas" periódicamente. En este contexto, el "reajuste" de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuirlas a quienes tienen ya el derecho adquirido, sino de "incrementarlas", a fin de garantizar el derecho a una vida digna de quienes son sus titulares. Ello se deriva de una interpretación concordante con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales –como la Segunda- que requieren nuevos o "mayores gastos". Y, como es obvio, "progresividad" en la aplicación de cláusulas, como es el caso de las pensiones, que requieren, a fin de cumplir con el mandato del "reajuste periódico", de "mayores gastos públicos", no puede nunca interpretarse como sinónimo de "regresividad", y ni siquiera como mantenimiento del statu quo. Claro está, ello no impone al Estado la obligación de que en este momento tenga que incrementar o reajustar el monto de dichas pensiones, pues como también se prevé en la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, ello deberá realizarse con arreglo "a las previsiones presupuestarias" y, fundamentalmente, "a las posibilidades de la economía nacional".

Sin embargo, del hecho que tales disposiciones constitucionales no impongan un mandato incondicional, tampoco se deriva que ellas no puedan servir como parámetro para evaluar la constitucionalidad de disposiciones legislativas que, lejos de promover los principios basilares de la Segunda y Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, pretendan vulnerarlos.

No son en absoluto ajenas a este Tribunal Constitucional las difíciles circunstancias por las que atraviesa la economía nacional. Pero debe precisarse también que los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes N.os 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar sus ajustes necesarios. Al asignársele la función de "órgano de control de la constitucionalidad", se le ha encomendado, a este Colegiado la difícil (y a veces incomprendida) tarea de preservar la obra del Poder Constituyente, con todas las bondades o defectos que pudiera tener y sobre la que, des-

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

de luego, no le corresponde evaluar. El Tribunal no analiza conforme a los criterios personales (y, por tanto, subjetivos) de cada uno de sus miembros, si una ley o norma con rango de ley es o no válida, sino de acuerdo a un parámetro objetivado, que es la Constitución.

Ciertamente, dentro de las funciones de este Tribunal no está la competencia para dictar las medidas legislativas que permitan que el régimen pensionario establecido a favor de un sector de pensionistas y futuros pensionistas se adecue a "imperativos de equidad social", como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni tampoco la de realizar las reformas que se consideren más convenientes. Si el emplazado considera que el régimen constitucional de los Decretos Leyes N.ºs 19990 y 20530 no es el que más se adecue a esos imperativos o a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido. Al fin y al cabo, con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional. Tal posibilidad y la oportunidad de su ejercicio, sin embargo, no es un asunto que se encuentre dentro de las competencias de este Tribunal –como ya se ha expresado en la STC N.° 0189-2002-AA/TC, Fundamento N.° 20.–, sino en las del órgano al que se ha investido de tal función, a través del procedimiento preceptuado en el artículo 206° de la Constitución.

15. Respecto al Informe de la Defensoría del Pueblo, que hace referencia al Convenio de la OIT en materia previsional que el Estado peruano no ha suscrito, tal –sobra decirlo– no vincula al Tribunal Constitucional, pues su labor, en su condición de último y Supremo Intérprete de la Constitución, es la de interpretar la Norma Fundamental, y las consecuencias de esa praxis vinculan a todos los poderes públicos, conforme se ha expuesto en el Fundamento N.° 4., segundo párrafo, de la presente sentencia.

16. Por otro lado, también se ha citado la sentencia de fecha 28 de febrero de 2003, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Cinco Pensionistas vs. Perú"; sin embargo, no se ha advertido que el artículo 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada de modo tal, que permita que los derechos y libertades reconocidas por los Estados parte sean limitados en función de la propia Convención (inciso b).

17. Finalmente, el Tribunal Constitucional reitera los Fundamentos expuestos en la STC N.° 005-2002-AI/TC, los mismos que son complementados con las razones aquí expuestas.

ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA:

Declarando INFUNDADA la acción de inconstitucionalidad de autos, interpuesta contra los artículos 1º, 2º, 4º, y 5º de la Ley N.° 27617. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA