

Working Paper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

El Control de Convencionalidad en torno al Precedente Constitucional Vinculante Peruano N° 05057-2013-PA/TC (Precedente Huatuco)

Brenda Isabel Murrugarra Retamozo

Bachiller en Derecho, Perú

Working Paper n. 5

ABSTRACT

El presente trabajo desarrolla lo dispuesto por el Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013- PA/TC expedido por el Tribunal Constitucional del Perú, a la luz de la normativa nacional e internacional que reconocen y protegen los derechos laborales por ser derechos humanos. En consecuencia, respecto del análisis del Precedente Huatuco se puede establecer que este vulnera de forma flagrante los derechos de los trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada, por lo que lo más conveniente es que los jueces del Perú efectúen un Control de Convencionalidad Interno con el fin de inaplicarlo, ello teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad (Constitución Política del Perú, Jurisprudencia Internacional y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Perú).

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- ❖ El artículo aborda la problemática en torno al Precedente Vinculante N° 05057-2013-PA/TC, a la luz del marco normativo nacional del Perú y del marco normativo internacional en el que se encuentran los derechos laborales, demostrando que a través de dicho Precedente se ha vulnerado la protección adecuada contra el despido arbitrario.
- ❖ El Tribunal Constitucional peruano desconoce el principio de primacía de la realidad al imponer a los trabajadores del sector público que demuestren requisitos excesivos a fin de ser repuestos en sus labores en caso de desnaturalización de sus contratos de trabajo, cuando lo esencial es demostrar la prestación personal de servicios, remuneración y subordinación.
- ❖ Finalmente, se plantea como alternativa de solución efectuar un Control de Convencionalidad sobre el Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013- PA/TC, con lo cual se pretende que los jueces nacionales lo inapliquen para así proteger los derechos laborales.

IL MESSAGGIO

A causa del Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013- PA/TC (Precedente Huatuco) se ha efectuado la conculcación del derecho de igualdad y no discriminación entre trabajadores del sector público y sector privado, al exigírseles a los primeros que para que proceda su reposición laboral deben acreditar que su ingreso al centro de trabajo fue por concurso público de méritos, que la plaza de trabajo tenía la condición presupuestada y que poseían un vínculo laboral de plazo indeterminado cuando según la norma nacional lo único que debe probar un trabajador que alega la desnaturalización de un contrato de trabajo es; la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración, por ello he ahí la discriminación y diferenciación arbitraria que vulnera derechos. Por lo expuesto, lo más recomendable es que los jueces nacionales inapliquen tal Precedente a través de un Control de Convencionalidad Interno, ya que con su emisión por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano se ha generado, además, una contraposición con las normas peruanas, normas internacionales y los fallos judiciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección adecuada de los derechos humanos, lo cual a lo largo generará responsabilidades a nivel internacional para el Estado Peruano.

Indice

1. Introducción.....	4
2. El Precedente Constitucional Vinculante y El Precedente Huatuco	4
3. Marco Normativo Nacional e Internacional de los Derechos laborales y el Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/TC	6
3.1. Normas Internacionales.....	6
3.2. Normas Nacionales	7
4. El Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/TC vulnera flagrantemente el derecho de protección adecuada frente al despido arbitrario	7
5. Desconocimiento del Principio de Primacía de la Realidad.....	10
6. Discriminación a los trabajadores del sector público frente a los trabajadores del sector privado	11
6.1. Asunción de responsabilidades procedimentales del Estado por parte de los trabajadores del sector público.....	12
7. Consecuencias respecto a la aplicación del Precedente Huatuco sobre otros procesos laborales.....	13
8. Situación actual del Precedente Huatuco en relación a la Corte Suprema.....	14
8.1. La relativización de los alcances del Precedente Huatuco respecto al caso Cruz Llamos	15
9. Control de Convencionalidad sobre el Precedente Huatuco	16
Conclusiones.....	19
Referencias	21

1. Introducción

Los derechos laborales son derechos humanos y por tanto irrenunciables por lo que compete a todos los Estados efectuar su debida protección sin distinción alguna. La importancia de estos derechos ha sido reconocida tanto en la normativa nacional como en la supranacional, esto último a través de tratados y convenios internacionales del cual el Perú es miembro firmante.

Es así que ante cualquier acto que atente contra estos derechos se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, las demás normas nacionales, así como también se deberá tomar en cuenta lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (bloque de constitucionalidad). Aquello deber ser observado indefectiblemente por los jueces, y con mayor razón por el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, aunque lo que se aprecia a través del Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/TC es que se ha vaciado el contenido esencial de los derechos laborales, especialmente de los trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada.

En ese sentido, el presente artículo tiene por finalidad demostrar la gran problemática que constituye el haberseles negado, mediante este precedente, a los trabajadores del sector público el derecho de optar por ser repuestos a sus centros de labores cuando se hubiese desnaturalizado sus contratos de trabajo, ya que se les exige demostrar requisitos excesivos para optar a la reposición como lo son; acreditar que el acceso al centro de trabajo fue por concurso público de méritos, que la plaza se trataba de una presupuestada y que el contrato que suscribieron era a plazo indeterminado; lo cual resulta irrazonable puesto que; lo esencial es probar únicamente la prestación personal de servicios, la remuneración y subordinación. De ello se esgrime que se está produciendo una vulneración sistemática de sus derechos, por lo que lo más razonable sería la inaplicación de tal precedente por parte de los jueces nacionales mediante un Control de Convencionalidad Interno, atendiendo al respeto y protección de los derechos laborales reconocidos en la legislación nacional e internacional.

2. El Precedente Constitucional Vinculante y El Precedente Huatuco

El Tribunal Constitucional tiene la función de ser el máximo intérprete de la Constitución Política. Y como consecuencia de ello, las líneas jurisprudenciales que establece tienen trascendencia en el ordenamiento jurídico. Empero, ello no es óbice para referir que este no pueda variar la fuerza vinculante de sus resoluciones, según el proceso constitucional de que se trate.

Asimismo, es preciso mencionar que las sentencias que dicta la Corte Constitucional en el marco de un proceso de inconstitucionalidad poseen efectos vinculantes que irradian con un carácter de generalidad. En cambio, distinto supuesto se da en relación a las

sentencias que son emitidas en procesos que tienen la finalidad de tutelar derecho, siendo sus efectos únicamente para las partes. A pesar de esto último el Tribunal Constitucional tiene la facultad de extender los efectos de sus decisiones a través de la fórmula del Precedente Constitucional Vinculante.

“El precedente constitucional [Vinculante] es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro para la resolución de futuros casos similares”. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00024-2003-AI/TC, 2005). Ello quiere decir que esta regla jurídica de aplicación general determina que en el supuesto que el máximo intérprete de la Constitución falle en un determinado sentido, respecto de un caso concreto, tal precepto tendrá un carácter obligatorio que ha de ser observado en todo el ordenamiento jurídico. Dicha atribución se encuentra normada en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, teniendo que precisarse el efecto normativo de la decisión.

Habiendo hecho énfasis sobre la importancia que conlleva la emisión de un Precedente Vinculante es trascendental que la expedición de esta regla jurídica se materialice respetando el marco normativo de los derechos humanos como consecuencia de haber observado el bloque de constitucionalidad, en el cual los derechos fundamentales encuentran su máxima protección. Negar ello sería vulnerar flagrantemente todas las facultades que le han sido reconocidas a las personas como seres humanos.

Pues bien, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional N° 05057-2013-PA/TC se desglosa el contenido de una resolución con carácter de Precedente Vinculante, la cual desde todos los enfoques es arbitraria, en donde a partir de un caso en concreto se aprovechó para establecer preceptos jurídicos que afectan a los trabajadores del sector público contratados bajo el régimen de la actividad privada.

Ahora, el referido Precedente Vinculante se dio como origen de un caso en particular que tenía como demandante a Rosalía Huatuco, quien por medio de una demanda de Amparo Constitucional contra el Poder Judicial pretendía que se dejase sin efecto su despido incausado, y como consecuencia de ello se la readmitida en el cargo de secretaria judicial del Juzgado de Paz de Huancayo. Los argumentos de la recurrente obedecían a la desnaturalización de su contrato de trabajo el cual tenía la modalidad de servicios específicos, siendo que aquel, en ese momento, ya tenía la calidad de a plazo indeterminado pudiendo ser despedida únicamente por causa justa prevista en la ley y con un debido procedimiento.

La vulneración sostenida por la trabajadora fue con respecto al; a) derecho al trabajo, b) protección adecuada contra el despido arbitrario y c) debido proceso. El procurador público del Poder Judicial contestando la demanda sostuvo que la demandante no accedió al puesto de trabajo por concurso público de méritos (Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal respectivo). La sentencia de primer grado (Quinto Juzgado Civil de Huancayo) declaró fundada la demanda. No obstante, en segunda instancia (Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Junín), se revocó dicha decisión declarándola infundada. Ante aquella situación, la recurrente interpuso recurso de agravio constitucional, pero el Tribunal Constitucional con fecha 16 de abril

de 2015 declaró infundado el amparo. Además de ello, en esa misma sentencia el Tribunal aprovechó para establecer como Precedente Constitucional Vinculante los considerandos dieciocho, veinte, veintiuno, veintidós y veintitrés. Ello ha generado una vulneración sistemática de los derechos laborales de los trabajadores de entidades públicas sujetos al régimen de la actividad privada.

3. Marco Normativo Nacional e Internacional de los Derechos laborales y el Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/TC

Desde la publicación del Precedente Vinculante N° 05057-2013- PA/TC se ha podido constatar que este no hace más que transgredir los derechos laborales de los trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada, lo cual es objetable, ya que parece que se ha efectuado un desconocimiento por parte del Tribunal Constitucional respecto a que los derechos laborales son derechos humanos. Derechos consagrados tanto en la Constitución como en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado Peruano.

3.1. Normas Internacionales

En el ámbito internacional se ha reconocido por medio de tratados y convenios a los derechos laborales, contando los trabajadores con protección jurídica para ejercer de forma libre sus derechos. Empero, si bien los derechos no tienen calidad de absolutos, ello no es óbice para afirmar que no se ha de realizar un análisis profundo de aquellos a fin de no vulnerarlos. Los derechos humanos y fundamentales se desenvuelven como parámetros al poder y como elementos de legitimidad de los países frente a la comunidad internacional. García (como se citó en Torres, 2012) afirma que “los derechos humanos, y con más razón los que además gozan del rango constitucional de fundamentales, son los límites más importantes al ejercicio del poder” (p. 151). Por tanto, es una obligación del Estado ser cauteloso al momento de realizar cualquier limitación sobre ellos, porque de otro modo se estaría vaciando su contenido esencial. El derecho laboral al ser un derecho social que ha existido mucho antes de su configuración como tal ha sido reconocido como base del sustento de las personas para satisfacer sus necesidades no solo personales sino también familiares produciéndose su sistematización en normas de carácter supranacional, por cuanto obligan a los Estados a actuar conforme a lo señalado en aquellas disposiciones, siendo que cualquier acto arbitrario que emane de un miembro adherido a estos pactos ha de descartarse, a razón de que ello no haría más que desconocer el carácter irrenunciable de los derechos laborales.

Entre las normas supranacionales que protegen los derechos laborales que han sido vulnerados por el Precedente Huatuco están: La Declaración Universal de los Derechos

Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenios de la OIT, entre otros.

3.2. Normas Nacionales

Los derechos laborales como derechos humanos son consagrados en una serie de disposiciones legales, las cuales van desde la Constitución Política hasta normas específicas en materia de derecho del trabajo, que parten de una serie de acuerdos y/o convenios que han ido fijando su protección adecuada y que la República del Perú como suscriptor se ha comprometido a cumplir y respetar, por lo que ignorar ello es ir en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si de lo expuesto se efectúa un símil con el Precedente materia de controversia se puede apreciar que el Tribunal Constitucional no ha hecho más que apartarse del marco normativo internacional que inspira a la legislación nacional, y como consecuencia se han desconocido los derechos de los trabajadores del sector público.

Entre las disposiciones normativas nacionales vulneradas se encuentran: La Constitución Política de 1993, (artículo 2°, 22°, 23°, 26° y 27°, estos últimos sobre materia laboral), artículo 103° y 139°, inciso 3; disposiciones del Decreto Legislativo N° 728, entre otras normas.

4. El Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/TC vulnera flagrantemente el derecho de protección adecuada frente al despido arbitrario

El Tribunal Constitucional había precisado que el derecho al trabajo se encuentra comprendido por 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” (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1124-2001- AA/TC, 2002). Esto último referido a la capacidad y conducta del trabajador, con lo cual de ser despedido inobservando esas causas le amparan dos vías de protección, siendo una de ellas reparadora (reposición al centro de trabajo) y la otra una resarcitoria (indemnización). Pero, es de lo establecido en el segundo aspecto, artículo 27 de la Constitución Política del Perú, sobre el cual ha girado la inexplicable decisión del Tribunal Constitucional, el cual ha dejado sin sustento el mecanismo de protección al cual merecen acceder los trabajadores por ser víctimas de un despido arbitrario. Ello se ha generado al disponer como única medida de protección la indemnización, siempre que se esté ante el supuesto de desnaturalización de contratos para trabajadores del sector público comprendidos en el régimen laboral privado, en el cual si los operarios quieren optar por la reposición han de cumplir tres requisitos que además han de ser concurrentes. Ello no se logra comprender, ya que con anterioridad este mismo Tribunal había expresado que la indemnización era un acto de restitución complementario o sustitutorio al de la reposición, compitiéndole al trabajador escoger por una de las dos (caso Sindicato de Trabajadores Telefónica del Perú).

La línea jurisprudencial establecida en el caso Huatuco, además de vulnerar disposiciones constitucionales, refleja un apartamiento de las convenciones por las cuales la República del Perú debería de garantizar que los trabajadores víctimas de un despido sin causa justa puedan ejercer su respectivo derecho de ser readmitidos en sus trabajos, pero aunque no se niega la posibilidad de que la indemnización pueda ser una solución, ¿por qué se ha limitado únicamente a los trabajadores del sector público la posibilidad de obtener la reposición, si se supone que debe primar el principio de igualdad?. El artículo 7º, inciso d) del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa que:

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 una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (el subrayado es nuestro).**

Pues bien, de lo prescrito en este articulado se ve que si bien se contempla la opción de que los operarios puedan conseguir como consecuencia de su despido arbitrario una medida de reposición o indemnización, en ningún momento este documento internacional señala que ha de efectuarse alguna distinción entre un trabajador de un sector u otro, y lo que más asombro causa es ¿cuál fue el motivo para que se retrocediera en forma general sobre la protección adecuada frente a esta clase de despido que ya había sido fijada por el máximo intérprete de la Constitución?

Esto último a razón de que, como bien se sabe, el fundamento jurídico número doce de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1124-2001-AA/TC estableció lo siguiente:

La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, (...). La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, (...).

Es entonces, que a la luz de las precisiones efectuadas puede señalarse que es el trabajador quien ha de estimar si la satisfacción de su derecho es optando por la reposición o indemnización, porque a pesar de lo esbozado en dicho Protocolo, ya se había dado por medio del tribunal una real garantía a los trabajadores sin diferenciación alguna. Así también, el Convenio N° 158 de la OIT, que pese a no haber sido ratificado por el Perú, tiene una importante mención al señalar que el derecho de reposición al puesto de trabajo es una medida de protección que no se le puede desconocer al trabajador cuando ha sido despedido sin causa justa contemplada en la ley (artículo 10º). Siendo ello así, se deja ver que negar la reincorporación, al ni siquiera contemplar la opción de “escogerla”, a los trabajadores públicos es un hecho lesivo de la dignidad de las personas.

Habiendo precisado ello, es sumamente cuestionable la postura del Tribunal Constitucional que, como se ha referido, contradiciendo disposiciones constitucionales y tratados internacionales haya adoptado una tesis vejatoria de los derechos de los trabajadores del sector público a través de su decisión, teniendo como sustento el respeto del mérito y la capacidad que implica el acceso a la función pública, no

realizando un análisis de proporcionalidad frente al derecho fundamental del trabajo y la protección de este. Del mismo modo, puede decirse que esta sentencia vulnera lo dispuesto por el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual prescribe que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...).

De esta consideración, se prevé la obligación del Estado de avanzar en cuanto a protección de derechos fundamentales, no siendo óptima la consecución de preceptos que lo único que hagan sea generar un retraso, y mucho más objetable resulta que dicho retraso se haya producido por parte del Tribunal Constitucional, quien ha vulnerado el bloque de constitucionalidad (Constitución Política del Perú y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos).

Este Precedente Constitucional Vinculante, además de suponer un atraso, constituye la vulneración del principio de no regresividad. Principio que, según Courtis (2006) puede tener su aplicación en normas jurídicas, en donde se tiene que, “(...) para determinar que una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ésta ha sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la norma anterior”. (p. 3). A razón de ello, no puede concebirse que desde la sentencia del Tribunal Constitucional N° 1124-2001-AA/TC, en el que se estableció a la reposición como el medio de protección más adecuado frente al despido arbitrario, se haya retrocedido hasta una situación de flagrante abuso para los trabajadores del sector público, produciéndose al mismo tiempo un tratamiento diferenciado con los trabajadores que pertenecen al sector privado que sí pueden optar por la reposición.

El artículo 25. 1 de la CADH prescribe que toda persona tiene derecho “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. A pesar de ello, el Precedente Vinculante N° 05057-2013- PA/TC, como se ha visto, ha restringido la tutela reparadora que intenten incoar los trabajadores de entidades públicas. Así también, la Corte IDH ha precisado, en relación a este dispositivo, que no basta que dichos recursos se encuentren formalmente, sino que adicionalmente deben de tener una efectividad, es decir, deben dar respuestas satisfactorias a las vulneraciones de los derechos consagrados en la Convención. Con lo que al no ser efectiva la tutela que solicitan las personas a través de cualquier recurso su ejercicio habrá sido en vano, por lo que el Estado al avalar tal situación incumple las disposiciones de los acuerdos internacionales de los que es parte.

5. Desconocimiento del Principio de Primacía de la Realidad

Por el principio de primacía de la realidad se entiende que en caso de existir contradicción sobre lo que sucede en la realidad y los documentos ha de preferirse la práctica (art. 4 de LPCL). Aquello quiere decir que, se presume la existencia de un contrato a plazo indeterminado al constatar la existencia de tres elementos esenciales: prestación personal de servicios, subordinación y remuneración.

Mascaro (como se citó en Lora y Ávalos 2009), refiere que este principio:

[...] Da prioridad a la verdad real ante la verdad formal, señalando más adelante que de la interpretación de los hechos revelados por la documentación laboral, el intérprete debe actuar con el cuidado de comprobar si el contenido del documento coincide con los hechos, tal como en la verdad ocurrieron y éstos, no aquél, prevalecen. (p. 160)

Empero, a pesar que ello es reconocido tanto por la ley como por la doctrina, según lo pronunciado por el Tribunal Constitucional esto no es aplicable a los trabajadores del Estado, ya que pese a que prueben la desnaturalización de sus contratos no tendrán la facultad de solicitar la readmisión a sus centros de labores, teniendo como único mecanismo de protección la indemnización. Ello es debido a que además de cumplir con el principio de primacía de la realidad, deberán acreditar que accedieron al puesto de trabajo por; a) concurso público de méritos, b) que se trate de una plaza presupuestada y c) que su contrato sea a plazo indeterminado. En consecuencia, no puede entenderse qué sentido tendría el principio mencionado si adicionalmente el trabajador tendrá que probar los mencionados requisitos para optar por su reposición, cuando contratar cumpliendo tales supuestos le compete al empleador. De aquello puede señalarse que, el Estado tendrá carta libre para practicar despidos sin más justificación, teniéndose como única medida de “protección” a la indemnización.

En el ámbito internacional está lo consignado en la Recomendación de la OIT N° 198 sobre la Relación de Trabajo (2006). No obstante, es de precisar que si bien las recomendaciones no constituyen obligaciones jurídicas como los convenios, sino que constituyen directivas generales que con el tiempo se pueden convertir en convenios, estas sirven de orientación al momento de brindar protección sobre los derechos laborales. Sobre la base de dicha recomendación resulta necesario observar lo estipulado en su apartado segundo, inciso 9, referido a la Determinación de la existencia de una relación de trabajo en el que desarrolla el principio de primacía de la realidad al señalar que “(...) la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, (...) sea de carácter contractual o de otra naturaleza, (...)”. De esto se puede decir que, es irrazonable imponer, además de los elementos esenciales de un vínculo laboral, supuestos que tanto en el ámbito nacional como internacional no resultan compatibles con lo que debe entenderse por un contrato de trabajo, y que consecuentemente ayude a probar la desnaturalización de la relación laboral, constituyendo la decisión del Tribunal Constitucional injusta.

6. Discriminación a los trabajadores del sector público frente a los trabajadores del sector privado

El Tribunal Constitucional por medio del precedente objeto de análisis menciona que con anterioridad se había realizado una interpretación literal y aislada de los artículos 4° y 77° del T.U.O del Decreto Legislativo N° 728 (Decreto Supremo N° 003-97-TR). Los mencionados artículos hacen referencia a los trabajadores de entidades públicas que prestan sus servicios bajo el régimen de la actividad privada, en donde se ha precisado que no cabe que optar por la reposición (cuando estos pretendían invocar la desnaturalización de su vínculo laboral), si no cumplen los requisitos antes señalados, lo cual resulta sumamente discriminatorio.

La Constitución Política del Perú en el artículo 2°, inciso 2 prescribe que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante ley”, es por ello que es incomprensible que el Tribunal haya efectuado un examen arbitrario al momento de establecer una supuesta diferencia entre los trabajadores del sector público y privado, más si no ha esgrimido una causa objetiva para tal distinción, siendo su único sustento el invocar el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público N° 28175, la cual también ha sido interpretada en forma equívoca, ya que esta no establece distinción alguna entre estos trabajadores. El Tribunal Constitucional con relación a los artículos 39° y 42° de la Constitución había señalado que la función pública debe ser comprendida como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado, por lo que esta función es no restrictiva sobre un determinado tipo de contrato con la administración pública. Entonces ¿bajo qué criterios este Tribunal estima que la reposición de los trabajadores públicos proceda únicamente si su ingreso se dio mediante concurso público de méritos, con plaza presupuestada y de plazo indeterminado? No habiendo más explicación que esto se trata de un acto discriminatorio.

Ello también lo suscribe Neves (2015), al mencionar que:

El precedente Huatuco (PH) elimina la reposición laboral por desnaturalización del contrato para los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado. A diferencia de sus pares en la actividad privada, éstos no podrán elegir entre una protección restitutoria (...) y una protección resarcitoria (...), sino solo la segunda (párr. 3).

Se puede precisar que el Precedente Huatuco también conduce a la vulneración del derecho de igualdad reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde fehacientemente se señala que toda persona es igual ante la ley, mereciendo igual protección mediante ella. Esta protección abarca toda clase de discriminación que pretenda infringir lo dispuesto en aquel texto, así como de los actos que constituyan una provocación (artículo 7). De la misma forma, al vulnerar la citada declaración se tendrá como consecuencia que los demás tratados que se desprenden de aquel resulten no observados. Tal es el caso de la obligación inmediata que tiene el Estado de asegurar que el derecho al trabajo se ejerza sin discriminación alguna (artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), así como las medidas

para la materialización de este derecho (artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

No puede olvidarse también lo esbozado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 18 que proclama, en relación a asegurar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo que,

[Se deben] [e]vitar las medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos (...) (párr. 31).

De lo esgrimido por el Comité se destaca que cualquier disposición que tenga el ánimo de producir un incremento de las conductas discriminatorias hacia un determinado grupo de trabajadores debe ser evitada por los Estados, resultando lo más razonable el tomar acciones encaminadas a brindar una real garantía de sus derechos, pero por sobre todo de su dignidad a quienes se han visto marginados con un trato distinto.

Ahora bien, en materia de derecho de trabajo, es pertinente tener en cuenta lo que se dispone por medio del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), número 111, el cual en su artículo 1 refiere que “(...) el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia (...) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (...)”, por lo que este precedente implanta una disminución de los derechos de los trabajadores del sector público en relación de sus pares del sector privado, que sí ven la posibilidad de ser readmitidos en sus puestos de trabajos, teniendo que probar únicamente la desnaturalización de sus contratos de trabajo por medio del principio de primacía de la realidad, además de que su despido habría procedido sin causa justa. De lo señalado, no se logra entender por qué son los trabajadores del sector público quienes prueben los tres requisitos antes señalados, que además de ser irrazonables, no competirían al trabajador por su disminuida posición que tienen frente al empleador.

6.1. Asunción de responsabilidades procedimentales del Estado por parte de los trabajadores del sector público

Los procedimientos para la contratación de personal por medio de un concurso público es responsabilidad del Estado. De acuerdo con esto, el hacer asumir a los trabajadores dichas responsabilidades es ilegítimo, mellando aún más su situación al haberseles negado el derecho de ser repuestos en sus centros de labores. Este contexto se agrava respecto a los trabajadores que se encuentran con un vínculo laboral encubierto.

El Doctor Landa declaró que;

Si bien es razonable que los trabajadores del sector público ingresen a este sector por sus méritos acreditados en un concurso público; la responsabilidad y sanción por no haberse realizado un concurso público no debe recaer sobre ellos, sino más bien sobre el Estado que

utiliza estas modalidades (Landa, El precedente vinculante en el caso Huatuco: Entrevista a César Landa, 10 de junio de 2015).

En palabras del autor, se estima que el Tribunal Constitucional no ha apreciado la circunstancia de desventaja en la que se encuentran los trabajadores frente al empleador, desventaja que siempre ha existido pero que resulta más precaria en el sector público, haciéndolos acreedores de responsabilidades administrativas, civiles o penales (artículo 243° de la Ley N° 27444.) que claramente escapan de sus manos. Es entonces que este supuesto no se hace sino confirmar el flagelo que constituye este fallo para los trabajadores del sector público contratados bajo régimen de la actividad privada.

7. Consecuencias respecto a la aplicación del Precedente Huatuco sobre otros procesos laborales

En el caso Huatuco el Tribunal Constitucional señala como precedentes vinculantes los considerandos veintiuno y veintidós, los cuales hacen referencia que este ha de ser aplicado de forma inmediata desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, siendo que debe aplicarse incluso a procesos de amparo en trámite, sea que se encuentren ante el Poder Judicial o ante el Tribunal Constitucional, y que en caso de estar ante un proceso de amparo en el que el demandante no pueda ser readmitido por no lograr acreditar que accedió a laborar por concurso público de méritos, para una vacante presupuestada y de duración indeterminada, el juez tendrá que reconducir el proceso a la vía ordinaria laboral con el fin de que el recurrente solicite su pretensión de indemnización, tal y como es previsto en el artículo 38° del T.U.O del Decreto Legislativo N° 728.

De modo similar, se puede señalar que este precedente vulnera el bloque de constitucionalidad, a razón que se transgrede lo prescrito por el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política del Perú y el artículo 103° de la misma norma. En el primer caso porque se trasladan los procesos de amparo, que están siendo tramitados en la actualidad, hacia otros juzgados y procedimientos que no estaban instaurados con anterioridad. Respecto del artículo 139° se están incumpliendo los criterios de; 1) no desviar a las personas de la jurisdicción predeterminada por ley y de 2) no someterlas a procedimientos diferentes a los previamente establecidos. Igualmente en el segundo caso (artículo 103°) porque se infringe la prohibición de emitir normas jurídicas con efectos retroactivos, salvo que dicha emisión resulte más favorable, no obstante; este Precedente Vinculante (en sus considerandos 21° y 22°) no tiene nada de favorable, ya que existen trabajadores que desde hace varios años vienen solicitando su reposición, la cual ha sido infructuosa por diversos motivos (ej. carga procesal).

Seguidamente, a pesar de haberse instituido este precedente, puede rescatarse, de cierta forma, el voto singular emitido por uno de los magistrados (Blume Fortini), quien ha señalado a grandes rasgos que este emana efectos inconstitucionales retroactivos en relación a situaciones que se dieron antes de su aprobación, restringiendo las expectativas y transgrediendo el derecho de los trabajadores del sector público que han

celebrado contratos temporales o civiles en el sector público, siendo que ello afecta a los trabajadores que; 1) hayan adquirido mediante sentencia su reposición, 2) los que estén tramitando su reposición judicial o 3) quienes estén por iniciar un proceso con tal motivo. Por ello se puede sostener que el Tribunal Constitucional no ha tomado en cuenta los derechos y principios que vulnera con su sentencia, ya que una aplicación retroactiva, a todas luces, tiene efectos inconstitucionales. En tanto a ello, lo menos lesivo hubiese sido ordenar la aplicación posterior a su publicación. Aunque es de sentar postura que por más que su aplicación se hubiese dispuesto a posteriori, la sentencia seguiría siendo lesiva de derechos laborales.

8. Situación actual del Precedente Huatuco en relación a la Corte Suprema

Pese a que esta línea jurisprudencial constituye la violación al bloque de constitucionalidad, por ir en contra de la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales de los cuales el Estado es parte, la situación actual de este mal precedente, de cierta forma, se ha atenuado, puesto que se han determinado seis supuestos en los que no cabría su aplicación, dándose una mejor tutela a determinados grupos vulnerables que veían más resquebrajada su situación cuando se dictó tal jurisprudencia vinculante.

Cabe aclarar que con anterioridad distintos magistrados habían intentado apartarse de él, sin embargo; ello no llegó a buen puerto. Es recién por medio de la Casación Laboral N° 12475-2014 - Moquegua (2015, p. 8), establecida como Doctrina Jurisprudencial Obligatoria, que se da la inaplicación del Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/TC en los siguientes casos:

- a) Cuando se pretenda la nulidad del despido, siendo su fundamento el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Legislativo N° 728). Ello quiere decir que, no se aplicará el Precedente Huatuco cuando la causa de separación sea por afiliación sindical, madres gestantes, entre los otros supuestos comprendidos en ese artículo.
- b) En los casos en que el trabajador sea un servidor público sujeto al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276), o quienes estén inmersos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios).
- c) Casos en los que el demandante tenga la calidad obrero municipal bajo régimen laboral de la actividad privada.
- d) Supuestos de trabajadores que hayan estado bajo el régimen CAS (Contrato Administrativo de Servicios).

e) Cuando el trabajador afectado tenga la condición de servidor público en el ámbito de la Ley del Servicio Civil N° 30057.

f) Cuando el trabajador tenga la calidad de funcionario, político, funcionario de dirección o de confianza, artículo 40° de la Constitución Política del Perú.

A través de este pronunciamiento la Corte Suprema de la República establece una protección adecuada en determinadas situaciones en las que no era factible la reposición, generándose un perjuicio mayor en el caso de ciertos trabajadores que de por sí ya contaban por su condición de vulnerabilidad perjudicados, con lo que el criterio adoptado a través del caso Huatuco no hacía más que agravar su condición. En estos casos resultaba sumamente excesivo exigir que para incoar su reposición laboral hayan tenido que probar que accedieron a laborar por: a) concurso público de méritos, b) de plaza presupuestada y c) que su contrato sea a plazo indeterminado, dado que ello hubiera incentivado a ejercicios abusivos del empleador estatal. Aunque existen trabajadores del Estado que aún siguen perjudicándose por tal precedente.

Ahora bien, uno de los aspectos resaltantes de la decisión de la Sala Suprema ha sido excluir del ámbito de aplicación del Precedente Vinculante Huatuco a los trabajadores que están bajo el régimen CAS (Contrato Administrativo de Servicios), trabajadores que desde que este régimen se instauró veían disminuidos sus derechos laborales, y que por medio de esta resolución gozan del derecho de optar por la reposición como medida más adecuada frente al despido arbitrario, pudiendo incoar su pretensión en vía judicial. Pero, es lamentable que el Tribunal Constitucional no haya dejado atrás su propio precedente vinculante mediante alguna modificación, ya que este transgrede derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Perú, sin que de modo alguno importe la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

8.1. La relativización de los alcances del Precedente Huatuco respecto al caso Cruz Llamos

Por sentencia recaída en el Expediente N° 06681-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional tuvo a bien resolver la demanda de amparo interpuesta por un obrero municipal quien demandaba haber sido víctima de un despido arbitrario, en el que además de forma acertada se precisó que el Precedente Huatuco no era aplicable al caso concreto por motivo que un obrero municipal está sujeto dentro del régimen laboral de la actividad privada, dejando en claro que el hecho de estar vinculado a la función pública no debe llevar a sentenciar que se está haciendo carrera administrativa, precisándose de esta forma que el Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013- PA/TC se aplicará en los siguientes supuestos; a) al producirse la desnaturalización de un contrato de naturaleza temporal o civil, por medio del cual se intentó encubrir un vínculo laboral de carácter permanente y que b) la reposición solicitada debe ser respecto de una plaza vacante, que este presupuestada y sea parte de la carrera administrativa, a la cual se accedió por concurso público de mérito.

En este caso en particular el trabajador alegó haber firmado diversos contratos civiles y que estos se habrían desnaturalizado, adicionándose a ello que durante su último mes de trabajo no contó con un contrato.

Es por dichas razones que la Corte Constitucional falló declarando fundada la demanda y como consecuencia estableció que el despido era nulo, y por tanto se dispuso la reposición del obrero municipal, que como se había señalado, constituían parte del sector trabajador que se veía vulnerado con la instauración del Precedente Huatuco, pero que a raíz de esta sentencia han logrado una protección adecuada.

9. Control de Convencionalidad sobre el Precedente Huatuco

Por medio de su propia jurisprudencia el Tribunal Constitucional logró mejorar el sistema de protección de los trabajadores frente a un despido arbitrario (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1124-2001-AA/TC, 2002), realizando una interpretación del artículo 27° de la Constitución Política, en el cual se refería que la reposición era la medida más óptima a fin de garantizar una adecuada de protección frente al despido arbitrario. En ese sentido, se puede decir que en el Perú, con anterioridad a la emisión de este precepto jurídico (caso Huatuco), los trabajadores tenían reconocida una mejor protección frente a estos hechos.

Cuando se logró mejorar la protección frente a tal despido la tarea pendiente que quedaba era preservar tal línea jurisprudencial o, en todo caso, implementar medidas que, en relación a las disposiciones constitucionales y tratados internacionales, no conlleven a la reducción de las adecuaciones que se habían alcanzado. Con lo que, a pesar de lo previsto por la Corte Suprema, y lo posteriormente sentado con el caso Cruz Llamas al señalar los supuestos en los que no se debe aplicar el Precedente Huatuco, existen trabajadores que siguen viendo vulnerados sus derechos, debido a que en tales casos la reposición laboral es descartada como la forma de protección más adecuada, siendo únicamente la indemnización a la cual pueden optar los trabajadores del Estado sujetos al régimen de la actividad privada.

Dicha medida vulnera no solo disposiciones constitucionales y tratados internacionales, sino que también desconoce el principio de progresividad. Ello en razón a que la protección de los derechos humanos debe de ir incrementándose, y por tanto no ser regresiva. No resulta correcto variar sustancialmente la protección consagrada con anterioridad, más si aquella está basada en un acto discriminatorio de uno y otro régimen de trabajadores.

Es por las transgresiones que resultan del Expediente N° 05057-2013- PA/TC que lo más correcto sería que se efectúe una revisión urgente de este, porque pese a que la Corte Suprema ha establecido casos excluyentes de aquel, los demás trabajadores del sector público siguen viendo vulnerados sus derechos. Asimismo, es menester tener en cuenta que los jueces, según lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, tienen que efectuar un “control de convencionalidad”. Para efectuar dicho control han de tener en consideración tanto lo que se señala en la convención, como la interpretación que se realice de éste por parte de la Corte IDH.

Mujica (2015) refiere que:

(...) aunque de acuerdo con el párrafo tercero del artículo VI del CPC los Jueces tienen el deber de “interpretar y aplicar 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, no menos cierto es que, al mismo tiempo y de acuerdo con el artículo V del mismo Código, El contenido y alcances de los derechos constitucionales (...) deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (párr.7).

De ese modo, es pertinente que se descarte de una vez lo sentado en tal Precedente Constitucional Vinculante, ya que al establecerlo, el Tribunal Constitucional lo único que ha generado es el desconocimiento de las disposiciones constitucionales y acuerdos internacionales de los cuales el Estado Peruano es parte.

El control de convencionalidad, en palabras de García y Palomino (2013) supone “(...) la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos” (p. 224). Con esto puede establecerse que el cuestionado Precedente Vinculante se contrapone a fallos que con anterioridad ha pronunciado la Corte IDH, un claro ejemplo de ello es el Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, en donde se señaló que “no es suficiente que dichos recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención. (...)” (2000, párr. 191). Asimismo, ha de tenerse en cuenta el Caso *Lagos del Campo Vs. Perú* donde la Corte encontró responsable al Estado peruano por no tutelar el derecho a la estabilidad laboral (en el ámbito privado) que se da a partir de la interpretación efectuada sobre el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que ante el despido arbitrario realizado por la empresa la Republica peruana no estableció mecanismos de protección para el trabajador, sino que avaló la vulneración de sus derechos no reincorporándolo a sus labores u otorgándole una indemnización ni reconociéndole sus beneficios laborales. “Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa (supra, párr. 132) el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros” (2017, párr. 151). A la luz de lo contenido en esta última sentencia se constata que debe existir o bien una reposición o una indemnización, pero en ningún momento se limita a que únicamente deba existir solo para un determinado sector de trabajadores y si las dos para el otro, lo cual, otra vez, resulta discriminatorio.

Por ello, al efectuar el símil con lo dispuesto en la legislación nacional y la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, en torno a la medida de protección “reparadora” de los trabajadores cuando son víctimas de un despido arbitrario, no se entiende cómo con posterioridad ello se haya variado con el precepto estimado en el caso *Huatuco*, porque si bien a través de este se deja ver que la reposición laboral está contemplada, parece que para los trabajadores públicos sujetos al régimen de la

actividad privada ello es un puro formalismo al no poder optar por ella, y como consecuencia de esto no se logra dar respuesta a la violación de sus derechos cuando su pretensión es ser readmitidos, produciéndose así el apartamiento de lo que ha establecido la Corte IDH.

Entonces, se puede establecer que el no tomar en cuenta lo precisado por dicha Corte generaría responsabilidades internacionales para el Perú. De la misma manera, es preciso tener en cuenta lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del cual el Perú también es miembro firmante:

Artículo 26: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

De la lectura de ambos artículos se dependen las obligaciones de: 1) cumplimiento de los tratados y 2) de la no invocación de disposiciones internas como pretexto de incumplimiento de los mismos. En base a ello puede asegurarse que con el Precedente Huatuco se está incumpliendo la Convención de Viena.

Si bien es cierto que el control de convencionalidad expuesto es en uno internacional, García y Palomino precisan que este también se realiza en un ámbito interno, el cual está a cargo de los magistrados locales. Por medio del control de convencionalidad interno nace la obligación de los jueces de examinar si las normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos no se contraponen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a otros mecanismos internacionales sobre derechos humanos, además de la interpretación que hubiese efectuado la Corte IDH por medio de su jurisprudencia. Por tanto, lo que se busca realizar por tal mecanismo es una interpretación de las prácticas internas en relación a la CADH, teniendo presente los pronunciamientos de la CIDH. Es por ello que, no se tiene que esperar que sea únicamente la Corte IDH la que realice una evaluación respecto de aquel Precedente Constitucional Vinculante, sino que también pueden hacerlo tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial (Corte Suprema). Sin embargo, la posibilidad que el Tribunal aplique tal examen es casi nula, debido a que, el alejarse de lo establecido anteriormente por sus pares parece meramente ilusorio, más si se tiene en cuenta que ni siquiera ha efectuado un *overruling* desde su emisión.

Por otro lado, los magistrados de la Corte Suprema también podrían llevar a cabo un control de convencionalidad del Precedente Huatuco, no obstante; no son muchos los casos que llegan a su conocimiento, pero a pesar de ello, la posibilidad de realizarlo siempre estará abierta. Por lo establecido hasta aquí, sería factible que los jueces ya no tengan que aplicar un precedente que lesiona el bloque de constitucionalidad irrespetando los derechos humanos. Esto también, en cierta forma, ha sido referido por Neves Mujica, aunque es de mencionar que este autor tiene como base el principio de independencia de los jueces, principio por el cual, según él, constituye un deber y derecho de los magistrados observar minuciosamente los precedentes judiciales que transgredan la Constitución. Esto permitirá garantizar la primacía de la norma suprema

y los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es miembro firmante.

Así, el autor sostiene que;

(...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interpreté última de la Convención Americana (2015, párr. 11).

De ello puede esgrimirse que, por ser el Precedente Huatuco atentatorio de derechos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales, así como por transgredir principios que inspiran al ordenamiento jurídico, es que los jueces deben también efectuar su propio control a fin de no seguir menoscabando los derechos de los trabajadores del Estado que ya bastante disminuida tienen su situación desde hace mucho tiempo.

Conclusiones

El Precedente Constitucional Vinculante es una regla jurídica que emite el Tribunal Constitucional por ser una de sus atribuciones conferidas a través del Código Procesal Constitucional, dicha regla se extenderá hacia todos los justiciables y poderes públicos. Pero a pesar de ser una facultad del supremo intérprete de la Constitución también implica un deber, por lo cual se debe observar que su expedición se realice sin afectar los derechos de la ciudadanía. No obstante, se ha comprobado que los magistrados del órgano constitucional al emitir el Precedente Constitucional Vinculante “Huatuco” han desvirtuado tal facultad, vulnerando los derechos laborales – derechos humanos.

El Estado Peruano, en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está obligado a respetar y cumplir los tratados y/o convenios que ha suscrito. Sin embargo, por medio del Precedente Huatuco no se hace sino desconocer los derechos laborales de los trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada, derechos que están consagrados tanto en la normativa nacional como en la internacional, incumpliendo el Perú sus obligaciones como miembro adherente.

El Tribunal Constitucional mediante el Expediente N° 1124-2001-AA/TC había precisado que la reposición laboral era la medida de protección más adecuada en caso de despido arbitrario, no distinguiéndose a trabajadores del sector público y privado. Es por esto que al variar su criterio con el Precedente Constitucional Vinculante N° 05057-2013-PA/ se ha producido una violación del principio de progresividad y no regresividad, dado que, lo que quedaba para la mejor protección de los trabajadores cuando sufrían despidos ilegítimos era la optimización de dicha medida y no un retroceso, cuestión que el supremo intérprete de la Constitución no ha cumplido.

A causa del Precedente Huatuco se ha efectuado la conculcación del derecho de igualdad y no discriminación, ello entre trabajadores del sector público y sector privado, al exigírseles a los primeros que para la procedencia de su reposición al puesto de trabajo deben de cumplir con acreditar: 1) el ingreso al centro de trabajo por concurso público de méritos, 2) condición de una plaza presupuestada y, 3) un vínculo laboral de plazo indeterminado. Es de tener en cuenta que, cuando un trabajador quiere alegar la desnaturalización de un contrato de trabajo tiene que probar únicamente: 1) la prestación personal de servicios, 2) subordinación y 3) remuneración. Por lo que la diferencia que se hace entre uno y otro trabajador es arbitraria.

Es sabido que el trabajador se encuentra en una situación de desventaja frente al empleador, viéndose agravado ello en el sector público, por lo que el atribuir responsabilidades (administrativas, civiles y penales) a los servidores y funcionarios públicos por el no cumplimiento de los requisitos que se han fijado para que proceda la reposición es ilógica, en atención que a quien le compete la organización de estos procedimientos de contratación es al Estado y no a los trabajadores.

Una consecuencia por más injusta, establecida por el intérprete de la Carta Magna, es que se trasladen los procesos de amparo tramitados actualmente hacia otros juzgados y procedimientos no establecidos con anterioridad, violando los derechos de: a) no ser desviados de la jurisdicción predeterminada por ley y b) de no ser sometidos a procedimientos diferentes a los previamente establecidos, así como el supuesto que prohíbe la emisión de normas jurídicas con efectos retroactivos, salvo que aquellas resulten más favorable. Pese a ello, este precedente es un perjuicio, debido a que; existen trabajadores que desde hace varios años vienen solicitando su reposición de manera infructuosa por diversos motivos.

En el año 2014 la Corte Suprema mediante la Casación Laboral N° 12475-2014 estableció una Doctrina Jurisprudencial Obligatoria respecto a seis casos en los que debía inaplicarse esta sentencia. Estos supuestos excluidos constituyen casos de trabajadores considerados por su condición como más vulnerable (trabajadores que sufren despidos nulos, trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N° 276, los que operan bajo el régimen CAS, entre otros). De la misma forma, por sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06681-2013-PA/TC se precisó que Precedente Huatuco no era aplicable al caso concreto por motivo que un obrero municipal está sujeto dentro del régimen laboral de la actividad privada. Por lo que el apartarlos de la decisión del Tribunal Constitucional ha sido lo mejor y más sensato.

El control de convencionalidad aparece como el mecanismo idóneo para que los jueces puedan inaplicar el Precedente Huatuco. Ello en razón a que, existe una contraposición entre los fallos que ha emitido la CIDH sobre la protección de derechos humanos y tal precedente, lo cual le produciría al Perú responsabilidades a nivel internacional. Empero, si no se produjera la revisión en instancias supranacionales, los jueces nacionales también pueden y deberían utilizar esta herramienta, debido a que este Precedente Vinculante se contrapone a la Convención Americana de Derechos Humanos y otros mecanismos internacionales destinados a proteger los derechos laborales que al mismo tiempo son derechos humanos.

Referencias

Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Observación general 18). El derecho al Trabajo (35º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006). Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm18s.html>

Casación Laboral N° 12475-2014. (Moquegua). (17 de diciembre de 2015). Corte Suprema de Justicia de la Republica: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Recuperado de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-Laboral-12475-2014-Moquegua-Legis.pe_.pdf

Constitución Política del Perú de 1993. (29 de diciembre de 1993). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Del 7 al 22 de noviembre de 1969). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (23 de mayo de 1960). Recuperado de <http://derechos.te.gob.mx/?q=acr%C3%B3nimo-de-organizaciones/convenci%C3%B3n-de-viena-sobre-el-derecho-de-los-tratados-de-1969>

Convenio N° 111 de la OIT, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). (25 de junio de 1958). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

Convenio N° 158 de la OIT, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo. (22 de junio de 1982). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala (Costa Rica). (25 de noviembre de 2000). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Courtis, C. (2006). Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25896.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Decreto Legislativo N° 276, Ley de bases de la carrera administrativa. (24 de marzo de 1984). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

García, D., y Palomino, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, (18), 223-241.

Landa, C. (10 de junio de 2015). El precedente vinculante en el caso Huatuco: Entrevista a César Landa. Recuperado de <http://clubdecontadores.com/el-precedente-vinculante-en-el-caso-huatuco-entrevista-a-cesar-landa/>

Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público. (19 de febrero del 2004). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp. (Derogada).

Ley N° 24041, 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 causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él. (28 de diciembre de 1984). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (11 de abril de 2001). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil N° 30057. (4 de julio del 2013). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Lora, G., y Ávalos, B. (2009). Del dicho al hecho: límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo. *IUS ET VERITAS*, 19 (38), 156-168.

Mujica, J. (2015). En torno al Precedente Huatuco: ¡Nunca digas nunca jamás! Lima, Perú. *ius360*. Recuperado de http://ius360.com/publico/constitucional/en-torno-al-precedente-huatuco-nunca-digas-nunca-jamas/#_ftnref3

Neves, J. (2015). ¿Se debe desacatar el precedente Huatuco? Lima, Perú. *ius360*. Recuperado de <http://ius360.com/publico/constitucional/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco/>

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1966). Recuperado de <https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4/>

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (17 de noviembre de 1988). Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Recomendación N° 198 de la OIT, Recomendación sobre la relación de trabajo. (31 de mayo de 2006). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1124-2001- AA/TC. (Lima). (11 de julio de 2002). Miembros del Tribunal. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00024-2003-AI/TC. (Lurín). (10 de octubre de 2005). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 05057-2013- PA/TC. (Lima). (16 de abril de 2015). Recuperado de <http://www.laboraperu.com/stc-05057-2013-pa-tc-precedente-huatuco-texto-completo.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 06681-2013-PA/TC. (Lima). (23 de junio de 2016). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06681-2013-AA.pdf>

T.U.O del Decreto Legislativo. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR (27 de marzo de 1997). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Torres, N. (2012). *El Control de Convencionalidad: Deber complementario del Juez Constitucional peruano y el Juez Interamericano (Similitudes, diferencias y convergencias)*. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú). (Acceso el 20 de octubre de 2018)