

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



CONTRATOS DE TRABAJO A PLAZO DETERMINADO Y EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO AL AÑO 2018

(Análisis a través del Control de Convencionalidad)

TESIS PRESENTADA POR:

BACH. SUMAC CHASKA YABAR PUMA

PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR:

DR. VÍCTOR GERMAN BOLUARTE MEDINA

CUSCO – PERU

2020

DEDICATORIA

A mis padres, hermanos y José Waldimir Castro, que con cada acto desinteresado han sido mi apoyo para continuar cumpliendo con mis aspiraciones en cada etapa de mi vida guiada por valores y principios que me hagan una mejor persona dentro de esta sociedad.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor de tesis, Víctor Boluarte Medina, quien siempre ha estado presto a ayudarme con este trabajo de investigación.

A mi asesor externo, Enrique Castro Cuba, quien con su constancia, compromiso y ayuda me ha incentivado a terminar este trabajo de tesis.

A todos mis amigos que siempre me han brindado ánimos en los momentos más difíciles.

RESUMEN

En nuestro país la tendencia del Estado respecto de los derechos laborales debiera ser la progresividad de beneficios sociales para los trabajadores, a pesar de ello y las normas legales en vigencia este trabajo de investigación busca determinar que la estabilidad laboral se afecta cuando se suscriben contratos a plazo determinado ante condiciones que por su naturaleza son indefinidas dentro del sector público, aun teniendo en cuenta que la estabilidad laboral que promueve el Estado desde la Constitución Política es relativa existiría un trato desigual entre trabajadores que desarrollan actividades permanentes para una determinada institución pública. El enfoque de la investigación es cualitativo debido a que el acopio de la información documental determina la hipótesis planteada, asimismo el tipo de investigación jurídica es dogmático exploratorio porque la investigación pretende establecer que la indebida suscripción de contratos a plazo determinado afecta la estabilidad laboral como derecho del trabajador.

Finalmente recabando la información doctrinaria y jurisprudencial la estabilidad laboral considerada como derecho de todo trabajador es afectada porque el Estado no ha garantizado el correcto cumplimiento de la suscripción de contratos a plazo indeterminado, a través del análisis del Control de Convencionalidad.

PALABRAS CLAVE: Estabilidad laboral, contratos a plazo determinado; control de convencionalidad.

SUMMARY

In our country, the tendency of the State regarding labor rights should be the progressivity of social benefits for workers, despite this and the legal norms in force this research work seeks to determine that job stability is affected when contracts are signed term determined before conditions that by their nature are undefined within the public sector, even taking into account that the labor stability promoted by the State since the Constitution is relative there would be an unequal treatment between workers who develop permanent activities for a certain public institution. The focus of the research is qualitative because the collection of documentary information determines the hypothesis raised, also the type of legal research is dogmatic exploratory because the research aims to establish that the undue signing of fixed-term contracts affects labor stability as a right of the worker.

Finally, gathering the doctrinal and jurisprudential information, the labor stability considered as the right of every worker is affected because the State has not guaranteed the correct fulfillment of the signing of undetermined contracts, through the analysis of Conventionality Control.

KEYWORDS: Employment stability, fixed term contract; conventionality control.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN..... 4

CAPITULO I..... 6

1. Planteamiento del Problema..... 6

1.1. Situación Problemática..... 6

1.2. Formulación del Problema..... 11

1.2.1. Problema General..... 11

1.2.2. Problemas Específicos.....11

1.3. Justificación de la Investigación.....12

1.4. Objetivos de la Investigación.....16

1.4.1 Objetivo General.....16

1.4.2 Objetivos Específicos.....16

CAPÍTULO II.....18

2. Hipótesis y Categorías..... 18

2.1. Hipótesis de la Investigación.....18

2.2. Categorías de Estudio.....18

CAPÍTULO III.....22

3. Metodología..... 22

3.1. Tipo y Diseño Metodológico.....22

3.2. Unidad de Análisis Temático..... 23

3.3. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos..... 23

3.4. Procedimiento de Análisis de Datos..... 23

CAPITULO IV.....	25
4. Marco Teórico Conceptual.....	25
4.1. Marco Conceptual.....	25
4.2. Antecedentes de la Investigación.....	28
4.2.1. Tesis Nacionales.....	28
4.2.2. Tesis Internacionales.....	32
4.3. Bases Teóricas.....	35
4.3.1. Tratamiento Jurídico Doctrinal de la Estabilidad Laboral.....	35
4.3.1.1. Definición de la Estabilidad Laboral.....	35
4.3.1.2. Características de la Estabilidad Laboral.....	37
4.3.1.3. Desarrollo Normativo de la Estabilidad Laboral en el Perú.....	38
4.3.1.4. Estabilidad Laboral de Trabajadores en el Sector Público.....	45
4.3.1.5. Estabilidad Laboral como Derecho.....	54
4.3.1.6. Protección Constitucional del Derecho a la Estabilidad Laboral.....	56
4.3.1.7. Afectación del Derecho a la Estabilidad Laboral.....	62
4.3.2. Tratamiento Jurídico Doctrinario de los Contratos a Plazo Determinado.....	67
4.3.2.1. Definiciones de Contrato.....	67
4.3.2.2. Definiciones de Contrato de Trabajo.....	68
4.3.2.3. Sujetos del Contrato de Trabajo.....	71
4.3.2.4. Elementos del Contrato de Trabajo.....	72
4.3.2.5. Clases de Contratos de Trabajo.....	76
4.3.2.6. Desnaturalización de Contratos de Trabajo.....	98
4.3.2.7. Comparación de los Contratos de Trabajo con otras formas de Contratación.....	104
4.3.3. Tratamiento Jurídico Doctrinario del Control de Convencionalidad dentro del Ámbito Internacional.....	105
4.3.3.1. Tratamiento a nivel Internacional.....	105

4.3.3.2. Desarrollo Histórico del Control de Convencionalidad.....	113
4.3.3.3. Definiciones del Control de Convencionalidad.....	116
4.3.3.4. Modalidades del Control de Convencionalidad.....	118
4.3.3.5. Teoría del Control de Convencionalidad.....	120
CAPITULO V.....	124
5. Resultados y Discusión.....	124
5.1. La suscripción de Contratos de Trabajo a plazo determinado y la afectación al Derecho a la Estabilidad Laboral de los Trabajadores en el Sector Público en el Perú	124
5.2. Situación del Derecho a la Estabilidad Laboral en el Perú.....	129
5.3. La Estabilidad Laboral en la Legislación Internacional.....	131
5.4. Consecuencias Jurídicas, Sociales y Económicas que se derivan para el Trabajador en las Contrataciones a Plazo Determinado.....	136
5.5. Percepción de Expertos respecto a la afectación del Derecho a la Estabilidad Laboral en los Contratos a Plazo Determinado.....	141
5.6. Posición de la Jurisprudencia respecto al Derecho a la Estabilidad Laboral de los Trabajadores en el Sector Público.....	162
CONCLUSIONES.....	171
RECOMENDACIONES.....	174
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	176
ANEXOS	

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA N°01: Operacionalización de categorías.....	19
TABLA N°02: Tipo y diseño de Investigación	22
TABLA N°03: Contratos modales	80
TABLA N°04: Comparación de los contratos de trabajo con otras formas de contratación.....	98

INTRODUCCIÓN

En las contrataciones de trabajo de nuestro país se han intensificado los contratos a plazo determinado, es el caso del sector público así como en el sector privado los empleadores han optado por suscribir estos contratos de forma masiva, de tal manera que los resultados en la realidad son distintos al previsto por el legislador tras la dación de las normas positivas que regulan los contratos a plazo determinado. Las cifras de demandas por desnaturalización de contratos tienen mucha recurrencia, ello puede deberse a que los empleadores están haciendo uso indebido de estos contratos; a pesar de que la legislación es expresa en su aplicación, se usan contratos a plazo determinado para actividades transitorias y contratos a plazo indeterminado para actividades permanentes dentro del centro de labor. Ciertamente los trabajadores se ven presionados a suscribir contratos de esta naturaleza aun sabiendo que las condiciones para laborar en un determinado centro de trabajo no son las correctas.

Con las leyes vigentes ya sean constitucionales o leyes ordinarias y sus reglamentos, que han sido modificadas a través de los gobiernos de turno, se ha flexibilizado el tratamiento de los derechos del trabajador conjuntamente con muchos de los artículos de la Constitución tras emitirse la ley 27600 publicada en diciembre del 2001, y por la cual la estabilidad laboral absoluta ha sido dejada de lado, para modificarse por lo que expresamente dice el artículo 27 de la actual Constitución Política “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, lo que claramente les permite a los empleadores ya sea en el régimen privado o público, despedir al trabajador siempre que se le pague una indemnización, toda vez que puede ser beneficioso hasta cierto punto para el trabajador despedido, sin embargo lo que

posteriormente puede producir es la frustración en el desempleado, por tener que desechar su proyecto de vida, tras el intento de lograr estabilidad laboral a plazo indeterminado en su centro de trabajo y mucho peor será para un trabajador contratado a plazo determinado, verbigracia, cuando el contrato que firma no está de acuerdo a las exigencias de la ley correspondiente. La igualdad de trato, es un principio que también se verifica en la contratación laboral, puesto que ante las mismas condiciones que caracteriza distintos puestos de trabajo -principalmente de actividades permanentes- se debe garantizar el uso correcto de cada contrato y ante la abierta posibilidad de protección internacional bajo el que se encuentra nuestro país.

Este trabajo de tesis, se desarrolla en base a la información proporcionada por la normativa jurídica de la materia, doctrina, jurisprudencia y los principios que protegen el derecho al trabajo y los derechos conexos a nivel nacional (Constitución Política del Perú, leyes especiales para el régimen público y privado, instituciones y organismos públicos) e internacional respecto de Tratados, Convenios u Organismos Internacionales englobando a todos estos bajo el Control de Convencionalidad, análisis que merece atención en nuestro marco teórico coadyuvando a ver un panorama mayor de protección a los trabajadores del sector público que se encuentren indebidamente contratados. Además de ello, el análisis de jurisprudencia nacional, internacional y del Derecho comparado que nos permitirá conocer la afectación que se produce tras el uso irregular de los contratos a plazo determinado en el derecho a la estabilidad laboral.

Para los fines y objetivos ya establecidos en este trabajo se ha dividido el mismo por capítulos, el tratamiento en el primer capítulo será la determinación de la investigación, descripción del problema, formulación del problema (general y específicos), objetivos de la investigación (general y específicos), justificación y área de estudio; en el

segundo capítulo referido a la hipótesis y categorías de estudio; en el capítulo tercero se expone al diseño metodológico (Tipo de estudio, población y muestra, técnicas e instrumentos de recolección de datos); en el capítulo cuarto el marco conceptual y el desarrollo del marco teórico de las categorías de estudio establecidas; y por último el capítulo quinto se refiere los resultados y discusión de la investigación.

La autora

CAPITULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En las contrataciones laborales de nuestro país se cuenta con dos formas de contratos que son los típicos y los atípicos, los primeros tienen características comunes como la duración en la relación laboral que es indeterminada, la forma en la que se labora así como la jornada de trabajo; y de otro lado, en el segundo caso, veremos que alguna de las características de los contratos típicos no se encuentra presente.

Entonces, tanto en el sector público como en el privado los empleadores no solo contratan a plazo indeterminado sino también a plazo determinado a sus trabajadores, situación que está prevista y permitida por ley, sin embargo el problema surge con la suscripción continua, intensiva e indebida de un contrato a plazo determinado con un mismo trabajador, es decir la situación de este trabajador se queda en expectativa y aguardo de que al transcurrir el tiempo pueda firmar con su empleador un contrato a plazo indeterminado, además de agregar que en comparación con otros trabajadores

que realizan similares actividades permanentes, estos últimos si tienen protección del derecho a la estabilidad laboral indefinida.

En consecuencia se produce la vulneración de los derechos del trabajador respecto a no darle protección a la estabilidad en su centro de labor, además que debiendo firmar contratos de trabajo a plazo indeterminado para actividades de carácter permanente no lo hacen, y por el contrario suscriben contratos a plazo determinado, que solo se deben usar de forma excepcional cuando la actividad a realizar se justifica en la temporalidad, por tanto, nos encontramos ante dos situaciones, por un lado el hecho de la contratación preferente (a plazo indefinido o indeterminado) y de otro lado el flujo de contratación por la flexibilización laboral, y que el Estado aún no encuentra un equilibrio entre ambos. Es así que en este trabajo revisaremos la situación de contratos modales y del contrato administrativo de servicios.

Podemos agregar que en el caso de contratos modales la aplicación del Decreto Legislativo 1246 que ha modificado el artículo 73 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, modificatoria que ha eliminado la obligación de presentar una copia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad a la Autoridad Administrativa de Trabajo, lo que en nuestra opinión ayudaba a realizar un control de los contratos que se usan en un centro de trabajo.

Asimismo podemos mencionar a las causales de desnaturalización de contratos que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece como “(...) a. si el trabajador continua laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo

permitido; b. cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continua prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia del contrato, sin haberse operado renovación; c. si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando; y d. cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley(...)". Es entonces cuando el trabajador se ve obligado a interponer una demanda para que el órgano jurisdiccional declare desnaturalizado su contrato y ordene que el trabajador pueda tener la condición de uno que labora por un contrato a plazo indeterminado con los beneficios que le corresponden, circunstancia que desde el inicio del proceso es engorrosa, ya que por un lado el demandante, el trabajador, tendrá que gastar recursos para interponer su demanda y pedir que se le reconozcan sus derechos, uso de recursos como tiempo invertido a lo largo del proceso, honorarios para su abogado, gastos para trámites (pago de tasas judiciales, copias de los escritos y otros) y finalmente ansiedad en el estado psíquico del trabajador para realizar sus obligaciones dentro de su centro laboral además del hecho circunstancial de si el demandado apela la sentencia e incluso el proceso puede extenderse hasta la Corte Suprema de la República. Nos puede parecer que el aspecto económico no está siendo vulnerado, pero esta investigación demuestra que la afectación a la estabilidad laboral va más allá de los ingresos de un trabajador bajo el contrato en el que se encuentre.

En similares circunstancias se encontrará la parte demandada, en este caso el Estado que irroga gastos asumidos por todos los que pagan tributos, de esta manera el empleador tendrá que reintegrar los derechos reconocidos al trabajador y también

costos y costas del proceso, lo que claramente produce perjuicios indudables en el centro de trabajo.

Agregado a ello, está el órgano jurisdiccional en el que también recaen las consecuencias de este uso desmedido de contratos de trabajo a plazo determinado que no se justifican y enmarcan dentro de la ley, puesto que si las empresas suscribieran contratos a plazo determinado e indeterminado cuando la actividad lo requiere, los procesos de desnaturalización de contratos que inician los trabajadores no generarían acopio de expedientes en los Juzgados de Trabajo y la carga procesal a su vez disminuiría para agilizar otros procesos. Tenemos algunos datos obtenidos de la Corte Superior de Justicia de Cusco (Juzgados de Trabajo de Cusco especializados en materia laboral), por ejemplo, se tiene que desde el año 2012 hasta el año 2017 el porcentaje de demandas por desnaturalización de contratos es de un 34.76% del total de demandas que ingresan a dichos Juzgados. Para el año 2018, según las cifras que ha publicado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la contratación permanente ha ido disminuyendo al final de ese año, y de otro lado la contratación administrativa de servicios y modal se ha incrementado considerablemente.

Sin embargo nos encontramos bajo normativa que no solo está vigente para nuestro país sino también estamos supeditados a cumplir con la normativa a nivel internacional de Tratados u otros instrumentos internacionales de los que el Perú es parte y que haya ratificado y que a través de las resoluciones u opiniones que se emiten desarrollan los derechos que universalmente están protegidos y que sirven de guía para la dación de leyes fundamentales de los Estados parte, ello nos permite enfatizar que a pesar de que las estabilidad laboral de entrada como tal no es expresamente

reconocida en nuestra Constitución, a pesar de ello las demás normas o principios rectores que protegen a los trabajadores en sus derechos laborales tienen la tendencia de que se debe asegurar al futuro trabajador el correcto ejercicio y goce de sus derechos como tal.

Finalmente cuando el empleador contrata a sus trabajadores a plazo determinado en condiciones que no se justifican por la labor que se realizará y a pesar de que la norma jurídica prevé la desnaturalización de contratos, la interposición de una demanda no será la única consecuencia, porque también se afecta al trabajador desde un ámbito personal, familiar, social, situación jurídica y económica así como también las consecuencias son perjudiciales para el empleador (Estado o empresa particular) y Órgano Jurisdiccional como ya se tiene expuesto.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 PROBLEMA GENERAL

¿Cómo afecta la suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad?

1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS

1º ¿Cómo se ha regulado jurídicamente el derecho a la estabilidad laboral en el Perú?

2° ¿Qué consideración se da a la estabilidad laboral en la legislación internacional a partir del Control de Convencionalidad?

3° ¿Qué consecuencias jurídicas, sociales y económicas se derivan para el trabajador en las contrataciones a plazo determinado?

4° ¿Qué percepción tienen los expertos respecto a la afectación del derecho a la estabilidad laboral en los contratos a plazo determinado con perspectiva en el Control de Convencionalidad?

5° ¿Cuál es la posición de la jurisprudencia respecto al derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público?

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente estudio de investigación adquiere relevancia en el ámbito de la investigación científica, particularmente en el ámbito del Derecho, sostenido en los siguientes argumentos que denotan la justificación del porque se ha realizado la investigación:

CONVENIENCIA

Es conveniente realizar este trabajo de investigación, porque el tema a tratar es un problema que amerita el interés por parte del Estado en buscar una adecuada solución al problema de la contratación a plazo determinado al derecho a la estabilidad laboral que debe pasar por el filtro de protección internacional. El derecho a la estabilidad laboral es

fundamental entre los derechos que protegen a los trabajadores, y el Estado debe garantizar el correcto funcionamiento de este derecho dentro de sus instituciones. Consideramos por ello conveniente el análisis de este tema que resulta beneficioso para aportar ideas a la discusión jurídica sobre el tema con un panorama mayor en el que se enmarcan los derechos con protección universal.

RELEVANCIA SOCIAL

La relevancia de carácter social porque las consecuencias de su regulación normativa afecta a las personas que puedan encontrarse en una relación de trabajo a plazo determinado y de esta forma afecta el derecho a la estabilidad laboral de entrada. Siendo de esta manera en nuestros resultados así como la interpretación consecutiva de los mismos que enfatizan la justificación de su investigación para determinar así posibles soluciones.

IMPLICACIONES PRÁCTICAS

Lo que se ha buscado con la presente investigación es demostrar la realidad en la aplicación de las normas que gobiernan la contratación temporal sin dirección a proteger a un trabajador bajo mecanismos aprobados a nivel internacional, lo que genera un real perjuicio en los trabajadores al impedirles que suscriban contratos a plazo indeterminado cuando así lo exigen las condiciones del cargo que se requiere dentro de una institución pública.

VALOR TEÓRICO

Se pretende entonces la correcta aplicación del Estado a la contratación de sus servidores públicos dentro del régimen que realmente corresponde, cuyo fundamento versa en los instrumentos internacionales aprobados y ratificados por el Estado, los mismos que protegen a los trabajadores otorgándoles los mismos derechos sin discriminación de ninguna índole. Por ello es que las plazas que se presupuestan para la administración pública deben responder a la necesidad de cada entidad, siendo estas a plazo indeterminado, plazo determinado, régimen especial, entre otros.

UTILIDAD METODOLÓGICA

El presente trabajo de investigación se ha realizado con el aguardo de que pueda ser utilizado para posteriores trabajos que abordan temas similares y mejorar los estudios abordados. Asimismo el método de investigación usado para la recolección de información, bibliografía, y los instrumentos para la comprobación de nuestra hipótesis pueden ser reformulados para nuevas investigaciones con similares enfoques.

IMPORTANCIA

El estudio de este trabajo de investigación radica en que, a través de las categorías de estudio como son los contratos de trabajo a plazo determinado, el derecho a la estabilidad laboral y control de convencionalidad, aporta a la comunidad jurídica el análisis de una perspectiva en la que este tipo de contratación no se puede aplicar de la misma manera para el sector público y el sector privado considerando los

antecedentes de la entrada en vigencia de las leyes que regulan su aplicación, pues el Estado como tal no actúa bajo los mismos fines en comparación con una empresa. En consecuencia la importancia de este trabajo de tesis se centra en demostrar la realidad de miles de trabajadores que laboran bajo condiciones que afectan principalmente su dignidad como personas, derechos que no solo la Constitución Política vigente protege sino que a través de un Control de Convencionalidad dista mucho de garantizar los derechos que a un trabajador le corresponden tras la firma de un contrato de trabajo, y que finalmente realizada la verificación de los resultados de este trabajo plantear posibles soluciones a través de las recomendaciones.

LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Desde el planteamiento del problema se han tenido las siguientes limitaciones: a) el acceso a la información, ya que en la descripción del problema, necesitamos de fundamentos estadísticos para demostrar la existencia del problema que se generaba a nivel de la carga procesal en el órgano jurisdiccional que requería también nuestra formulación del problema, estadísticas que las conseguimos después de realizar la gestión respectiva, pues en la Corte Superior de Justicia de Cusco, no se contaban con cifras exactas de demandas referidas a esta naturaleza, posteriormente las fuentes bibliográficas actualizadas, porque los autores en materia laboral han escrito al respecto años atrás, lo que nos ha servido solo como antecedentes, por ello hemos recurrido a las entrevistas como instrumento de verificación actualizada del problema y b) Respecto del instrumento utilizado, como ya lo mencionamos son las entrevistas, la limitación la encontramos en la organización para llevarlas a cabo, debido a que inicialmente los expertos propuestos no disponían de tiempo en razón al cargo que ocupan actualmente, ello nos llevó a proponer otros expertos en la

materia que contribuyan con sus opiniones para este trabajo de manera que puedan satisfacer con sus conocimientos en el mismo grado que la propuesta inicial de expertos.

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si la suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado afecta al derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1º Conocer cómo se ha regulado jurídicamente el derecho a la estabilidad laboral en el Perú.

2º Precisar la consideración que se da a la estabilidad laboral en la legislación internacional a partir del Control de Convencionalidad.

3º Establecer las consecuencias jurídicas, sociales y económicas que se derivan para el trabajador en las contrataciones a plazo determinado.

4° Conocer la percepción que tienen los expertos respecto a la afectación del derecho a la estabilidad laboral en los contratos a plazo determinado con perspectiva en el Control de Convencionalidad.

5° Precisar cuál es la posición de la jurisprudencia respecto al derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público.

CAPÍTULO II

2. HIPÓTESIS Y CATEGORIAS

2.1. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

La suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado afecta el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad.

2.2. CATEGORIAS DE ESTUDIO

Considerando que la presente investigación es de carácter cualitativo, las categorías quedan establecidas de la siguiente manera:

1° Derechos a la estabilidad laboral

2° Contratos a plazo determinado

3° Control de Convencionalidad

Tabla N°01. Operacionalización de categorías

OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORÍA	DEFINICIÓN	DIMENSIÓN	INDICADORES
	Conocer como se ha regulado jurídicamente el Derecho a la Estabilidad Laboral en el Perú.			Tipos de Estabilidad Laboral	<ul style="list-style-type: none"> - Estabilidad de entrada - Estabilidad de salida
	Precisar la consideración que se da a la Estabilidad Laboral en la legislación internacional a partir del Control de Convencionalidad.			Regulación Normativa	<ul style="list-style-type: none"> - trabajadorA nivel nacional <ul style="list-style-type: none"> o Constitución Política o Leyes, Decretos u otras normas con menor rango - A nivel internacional <ul style="list-style-type: none"> o Instrumentos
	Precisar cuál es la posición de la jurisprudencia respecto del			Afectación al derecho a la Estabilidad Laboral	<ul style="list-style-type: none"> - Flexibilización laboral sin control - Indebida contratación - Trato desigualitario entre trabajadores con similares condiciones - Sentencias favorables en la jurisprudencia

<p>Determinar si la suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado afecta el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad.</p>	<p>derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público.</p>	<p>Derecho a la Estabilidad Laboral</p>	<p>Protección legal contra las posibilidades de terminar la relación laboral, busca la permanencia del contrato de trabajo y a que el mismo no se extinga por una causa no prevista en la Ley. (Toyama & Vinatea, 2015)</p>	<p>Protección de trabajadores en el Sector Público</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Límites al acceso a la carrera administrativa (Estabilidad laboral indefinida) - Instituciones Estatales para la protección de derechos del trabajador.
	<p>Conocer la percepción que tienen los expertos respecto a la afectación del derecho a la estabilidad laboral en los contratos a plazo determinado con perspectiva en el Control de Convencionalidad.</p>	<p>Control de Convencionalidad</p>	<p>El deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Diccionario Jurídico)</p>	<p>Tipos de Control de Convencionalidad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Control de Convencionalidad Difuso - Control de Convencionalidad Concentrado
					<p>Mecanismos de protección internacionales</p>
			<p>Contratos Modales. Son contratos a plazo fijo que pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del</p>	<p>Tipos de Contratos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - De naturaleza temporal - De naturaleza accidental - De obra o servicio

Establecer las consecuencias jurídicas que se derivan para el trabajador en las contrataciones a plazo determinado	Contratos a plazo determinado	mercado o la mayor producción de la empresa, así cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar. (Haro, 2013)	Desnaturalización de contratos	<ul style="list-style-type: none"> - Causales de desnaturalización - Consecuencias que derivan de la desnaturalización
		Contrato Administrativo de Servicios (CAS). Constituye una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. (...) no se encuentra sujeta a la ley de la carrera administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras formas que regulan carreras administrativas especiales (Art. 3° del Decreto Legislativo N°1057)	Naturaleza Jurídica	<ul style="list-style-type: none"> - Instrumental - Transitoria - Modalidad privativa del Estado
			Procedimiento de Contratación	<ul style="list-style-type: none"> - El plazo es determinado (como máximo del año fiscal) - Uso ilimitado con un mismo trabajador

CAPÍTULO III

3. METODOLOGÍA

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El estudio que pretendemos realizar se conducirá metodológicamente por los siguientes instrumentos metodológicos:

Tabla N° 02

Enfoque de investigación	Cualitativo: Nuestra investigación se basa en el análisis de información recabada documentalmente, así como en los resultados de entrevistas no probabilísticas, para establecer conclusiones que argumenten nuestra hipótesis de trabajo.
Tipo de investigación jurídica	Dogmático exploratorio: La investigación intenta establecer si la aplicación de un instituto jurídico laboral afecta un derecho de los trabajadores (Witker, 1995)

Fuente: Elaboración del autor.

3.2. UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO

La unidad de análisis es la suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado y el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público en el Perú a través de un análisis del Control de Convencionalidad.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- a. **Técnicas:** La técnica fundamental que aplicaremos en nuestro estudio es la del análisis documental y la entrevista.

- b. **Instrumentos:** El instrumento que corresponde a las técnicas elegidas son la ficha de análisis documental o bibliográfico y el cuestionario de preguntas.

3.4. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE DATOS

Luego de aplicar las fichas de análisis documental y las preguntas de la entrevista se procederá a la limpieza de datos con el fin de seleccionar la información para ser procesada. Al concluir esta acción se iniciará el procesamiento en la forma que se indica:

- a. **Seriación:** Las fichas de análisis documental y los cuestionarios de preguntas aplicados serán seriadas numéricamente en forma correlativa.
- b. **Codificación:** Se consignará un código a cada ficha de acuerdo a sus contenidos y elementos analizados.
- c. **Tabulación:** Se elaborará la matriz de tabulación y se registrará en ella la información codificada y a partir de ella se procederá al análisis de la información.

- d. **Análisis:** Este momento consistirá en seleccionar los datos más importantes y buscar una breve explicación a los resultados de acuerdo a nuestros objetivos planteados para la investigación. A partir de ello se establecen conclusiones y luego se formularán las sugerencias.

CAPITULO IV

4. MARCO TEORICO CONCEPTUAL

4.1. MARCO CONCEPTUAL (DEFINICIÓN DE TÉRMINOS)

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es la organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial. Conjunto de organismos encargados de cumplir esta función (Real Academia Española, s.f.)

CONTRATO DE TRABAJO

Es aquel por el cual el trabajador se obliga frente al empleador, bajo su dependencia y dirección, a realizar labores determinadas y recibir una contraprestación equivalente. Convención por la cual una persona calificada como trabajador asalariado o empleado se compromete a cumplir actos materiales,

generalmente de naturaleza profesional, en provecho de otra persona denominada empleador o patrono, colocándose en una situación de subordinación mediante una remuneración en dinero, llamada salario (Chanamé, 2002)

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El deber de los jueces nacionales y supranacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Figueroa)

DESNATURALIZACIÓN DE CONTRATO

Cuando por causales establecidas en la norma no se han cumplido con los requisitos, tanto de forma como de fondo, los contratos serán considerados como contratos de duración indefinida. Esto debido a que por la misma realidad en las condiciones del trabajador se ha perdido la esencia de la naturaleza del contrato inicial. (Haro, 2013)

ESTABILIDAD LABORAL

Derecho por el cual un trabajador no puede ser despedido de su trabajo, salvo en caso de incurrir en causa grave, la que expresamente está señalada en la ley. Es un principio por el cual se protege al trabajador ante el despido abusivo del empleador. (Chanamé, 2002)

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL

Es la oposición al garantismo de protección absoluta para desmontar o desregular las excesivas normas protectoras para el sector laboral. La flexibilización se da dentro de una economía liberal disminuyendo importantes derechos obtenidos por la clase trabajadora, siendo este modelo vigente en casi todos los países occidentales. (Haro, 2013)

PROTECCIÓN NORMATIVA

Referida a la acción y efecto de proteger, resguardar, defender o amparar a algo o alguien. La protección es un cuidado preventivo ante un eventual riesgo o problema, la misma que se aplica a través de leyes que tienen fuerza en su obligatoriedad para que los derechos puedan ser ejercidos a plenitud por sus actores. (Pérez & Merino, 2013)

SERVIDOR PÚBLICO

Personas que en condición de subordinación trabajan al servicio del Estado, desempeñando una labor de carácter profesional, técnico o auxiliar, de manera continua, permanente y remunerada (Chanamé, 2002)

TRABAJO

Es la actividad personal prestada mediante contrato, por cuenta y bajo dirección ajena, en condiciones de dependencia y subordinación y que puede ser expreso o

tácito. De esta prestación personal a un empleador surge la contraprestación, que es el pago de una retribución económica o remuneración. (Haro, 2013)

VULNERACIÓN DE DERECHOS

Cuando se realizan actos o adoptan medidas que limitan el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. (Dirección del Trabajo de Chile, 2019)

4.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

4.2.1. TESIS NACIONALES

Saldaña, H., (2016), realizó su investigación: *Efectos de la contratación laboral a plazo determinado, en las organizaciones sindicales en el Perú en la Universidad Nacional de Trujillo, Perú.*

En este trabajo se ha analizado sobre que el sindicalismo en el Perú atraviesa una crisis de representatividad, de incapacidad de levantar propuestas ante las alternativas del neoliberalismo económico. Un conjunto de factores han contribuido para que el sindicalismo se vea fuertemente debilitado; tales como, cambios estructurales en la composición de la fuerza de trabajo, un crecimiento

de la micro y pequeña empresa, así como un incremento explosivo del sector informal en detrimento de los asalariados de la grande y mediana empresa. Otro factor se ha dado en llamar la flexibilización del empleo; es decir, la extensión masiva de la figura del trabajador contratado a plazo determinado o eventual. El presente trabajo de investigación se propone analizar las características que han signado el fenómeno de la flexibilización del empleo y la crisis de representatividad del sindicalismo peruano; para lo cual se plantea el siguiente problema ¿Cuáles son los efectos de la contratación laboral a plazo determinado en las organizaciones sindicales en el Perú? Siendo su objetivo principal identificar tales efectos. Como material de estudio se utilizó la bibliografía especializada sobre los temas de investigación; asimismo, se aplicaron 200 encuestas a igual número de trabajadores, que laboran en el sector privado, en la ciudad de Trujillo; obteniendo como resultado que la contratación laboral a plazo determinado ha afectado a las organizaciones sindicales debilitando su poder de convocatoria y de representatividad, debido a la disminución del número de sus afiliados por aumento de dicha modalidad de contratación de trabajadores, marginados de la negociación colectiva y de la sindicación. Lo que nos lleva a concluir que la crisis en que se encuentra sumido el sindicalismo, es consecuencia de su incapacidad para renovarse y asumir las nuevas aspiraciones de aquellos que se incorporan al mercado de trabajo en condiciones de precariedad contratados bajo modalidades laborales (Saldaña, 2016)

Ccatamayo, K., (2018), realizó su investigación: *El derecho a la estabilidad laboral en los contratos suscritos al amparo del artículo 82 de la ley de productividad y competitividad laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.*

Este trabajo de investigación busca realizar un análisis de lo que viene ocurriendo en nuestro país con la contratación temporal de trabajadores, y como estos hechos afectan el derecho a la estabilidad laboral. Se estudia la controversia surgida en torno a la contratación temporal de los llamados contratos innominados, que se encuentran regulados a través del artículo 82 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. A través de la revisión de los límites legales, así como los recientes pronunciamientos de la jurisprudencia, hemos determinado en qué casos este tipo de contrato estaría violentando el derecho a la estabilidad laboral. Asimismo, se tiene en consideración las distintas posturas que existen en la doctrina sobre la naturaleza enumerativa o taxativa del listado de contratos temporales. Considerando lo señalado, concluimos que los contratos innominados a plazo determinado, siempre que observen y respeten el principio de causalidad, no lesionan los derechos de los trabajadores. La razón de la existencia de esta cláusula abierta se basa en la necesidad de brindar a los empleadores la posibilidad de atender sus requerimientos temporales de personal, que no estén recogidos en la ley. De no respetarse este principio, al igual que en el resto de contratos temporales, se aplicaría la máxima sanción legal, convirtiendo el contrato en uno a plazo indeterminado (Ccatamayo, 2018)

Ruiz, L., (2016), realizó su investigación: *La desnaturalización del contrato de locación de servicios sujeto a plazo en un contrato de trabajo sujeto a modalidad en la legislación peruana. Análisis a la luz de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad* en la Universidad Católica San Pablo, Perú.

Esta tesis se orienta a demostrar la posibilidad de desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo modal a partir de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad que recoja como propósitos inmediato y mediato el reconocimiento de la verdadera relación laboral y la tutela de la dignidad del trabajador respectivamente. En ese sentido, a partir de: 1) el estudio de la primacía de la realidad y del análisis de los contratos de locación de servicios y de trabajo; 2) el estudio de la relación entre la dignidad humana –que comprende a su vez ciertos rasgos ontológicos– y el contrato de trabajo, que a su vez proscribe cualquier posibilidad de fraude laboral; y 3) la consideración de otros criterios jurídicos como el principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios y el principio de conservación del acto, alcanzamos a demostrar dicha desnaturalización, adicionando a ello la pertinencia de aplicar la norma indemnizatoria prevista para los contratos a plazo fijo (Ruiz, 2016)

Marque, M., Quispe, G. & Villanueva, M., (2016), realizaron su investigación: *La estabilidad laboral y su relación con el desempeño laboral de los trabajadores en la municipalidad provincial de Huánuco – 2013 en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Perú.*

En este trabajo se detalla un análisis de todos los aspectos relacionados a la estabilidad laboral y al desempeño laboral de los trabajadores de la Municipalidad Provincial de Huánuco, con la finalidad de mejorar el desempeño de los trabajadores y así sirva de guía a la actual gestión y a las próximas gestiones de la Municipalidad Provincial de Huánuco, y así promover la estabilidad laboral de todos sus trabajadores, y de esta manera incrementar su desempeño laboral. Como primer punto se definió el problema, es decir el objeto de estudio, que constituyó

la razón de ser de la investigación. En el primer capítulo, se determina la relación entre la estabilidad laboral y el desempeño laboral de los trabajadores, lo cual permite conocer la realidad de la Municipalidad Provincial de Huánuco y de esta manera guiar el trabajo de investigación, hacia el análisis de posibles alternativas, que permitan mejorar dichas variables. El segundo capítulo, referente al marco teórico, reúne varias conceptualizaciones que enmarcan la estabilidad laboral y al desempeño laboral y que sirven de sustento, para la aplicación de la propuesta a partir del planteamiento de hipótesis. En el tercer capítulo se plantea la modalidad de la investigación, así como la metodología de recolección de la información, para a través de ella, en el transcurso de la investigación evidenciar tentativas de solución, mismas que permitirán conseguir resultados favorables en beneficio de la Municipalidad Provincial de Huánuco. En el cuarto capítulo, análisis e interpretación de resultados, se analizaron los factores que están afectando la estabilidad laboral, desde el punto de vista de los trabajadores, sobre el desempeño laboral de los mismos, con la finalidad de evidenciar la relación entre las variables (Marque, Quispe, & Villanueva, 2016)

4.2.2. TESIS INTERNACIONALES

Conde, J., (1996). Realizó su investigación: *Percepción de los efectos del cambio tecnológico en la estabilidad laboral y su repercusión en algunas dimensiones del bienestar psicológico en la Universidad de Salamanca, España*

Tomando como referencia la revisión de gran cantidad de estudios que indican y subrayan los significativos cambios que suponen las actuales transformaciones

tecnológicas en el empleo y en el contenido del trabajo, se elaboró la hipótesis central de que la introducción de nuevas tecnologías en una organización estaría suponiendo que la población trabajadora percibiera el cambio tecnológico como una amenaza para su estabilidad laboral y que la misma pudiera relacionarse con problemas del bienestar psicológico, si bien la intensidad y experiencia variara en función de ciertas variables que configuran y modulan la introducción de nueva tecnología para la comprobación de las hipótesis se realizó una investigación en una situación real natural articulada en distintas fases sucesivas dando lugar a la aplicación de una encuesta a una muestra representativa de 147 trabajadores pertenecientes a dos secciones que experimentaron diferente ritmo de cambio tecnológico los resultados ponen de manifiesto que la experiencia de amenaza percibida de cambio tecnológico y su relación con ciertas conductas como la ansiedad tiende a comprobarse, siendo más significativa para cierto tipo de trabajadores. (Conde, 1996)

Rodrigo, F., (2016), realizó la investigación: *Contratación y subcontratación de Obras y Servicios y Estabilidad en el Empleo en la Universidad de Valencia, España.*

Esta tesis tiene por objeto analizar de una manera completa, ordenada y sistemática el conjunto de cuestiones jurídico-laborales que sobre la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados plantea el moderno fenómeno de la descentralización productiva, en sus diversas manifestaciones. Tal y como se describe en el capítulo introductorio, para un estudio ordenado de las cuestiones fundamentales relacionadas con el objeto de esta tesis, esto es, de los aspectos más controvertidos que afectan a la estabilidad del empleo de los trabajadores al

servicio de empresas que recurren a la descentralización productiva, se ha organizado el análisis principal en dos grandes bloques que coinciden con la II y III Parte de la tesis, distinguiendo una perspectiva dinámica y un enfoque estático del fenómeno descentralizador. En efecto, tras una primera parte dedicada al estudio de los elementos conceptuales y definatorios del fenómeno de la descentralización productiva, en sus diversas manifestaciones, en la segunda parte se aborda el primer gran tema: el análisis de la descentralización productiva en sentido dinámico. Es decir, con referencia a aquellos supuestos en los que la configuración descentralizada de la empresa no es la inicial sino que requiere de un proceso de transformación que tiene como principal cuestión problemática la relativa a determinar si la decisión del empresario de descentralizar derivada de su libertad de auto-organización (que se comprende en el art. 38 de la Constitución), puede ser considerada por sí misma causa organizativa justificativa de una extinción por estas causas. La cuestión ha adquirido especial relevancia tras la enorme flexibilización de los requisitos exigidos para la aplicación de esta causa extintiva tras la reforma laboral de 2012. En la tercera parte de la tesis, en relación a situaciones en que ya está implantada la estructura descentralizada de la empresa ya sea desde su creación o como consecuencia de un proceso de transformación de los estudiados en la parte II, se estudia también la cuestión extintiva pero, esta vez, desde la perspectiva de la empresa contratista. El problema principal que se plantea es el referido a si la finalización de la contrata puede ser considerada un problema organizativo o productivo constitutivo de causa de extinción del contrato de trabajo o, si por el contrario, al tratarse de una situación previsible o habitual en las empresas contratistas dicha finalización no puede ser alegada en tal sentido. Dicho problema se ve además complicado por una cuestión adicional: la planteada por la dudosa admisibilidad de contratos por

obra o servicio determinado del art. 15 1 a) ET que tengan por objeto precisamente la realización de la contrata. Y, asimismo, en dicha parte, se estudian los supuestos en los que no es viable la salida extintiva por ser de aplicación la subrogación por causa legal o convencional de los nuevos empresarios contratistas en los casos de sucesión de contratas o del empresario comitente en casos de reversión en el mismo de la actividad descentralizada (Rodrigo, 2016)

4.3. BASES TEÓRICAS

4.3.1. TRATAMIENTO JURIDICO DOCTRINAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL

4.3.1.1.DEFINICIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL

Una de las definiciones de estabilidad laboral indica *“Es la protección legal contra las posibilidades de terminar la relación laboral; busca la permanencia del contrato de trabajo y a que el mismo no se extinga por una causa no prevista en la ley”*. (Toyama & Vinatea, 2015, p.365)

La estabilidad puede ser de entrada o de salida, en el primer caso se produce al suscribir el contrato, es decir la opción de alcanzar este derecho y según el tipo de contrato laboral se determinará la duración de la relación laboral; y en el segundo caso que el trabajador labore hasta la fecha indicada en su contrato y no ser

despedido sino por causas justas, protección ante el despido arbitrario, como lo establece la Constitución Política.

Según Villavicencio Ríos mantiene las siguientes consideraciones:

“La estabilidad laboral no solo está referida a la terminación justificada de la relación laboral (estabilidad laboral de salida), sino también a la imprescindible congruencia que debe existir entre el carácter de las labores a realizar (permanentes o temporales) y la duración del contrato de trabajo (indefinido o temporal), de manera que en materia laboral se impone el respeto al principio de causalidad en la contratación temporal, que señale que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen las mismas características”. (Villavicencio, 2008)

La situación de aquellos trabajadores contratados a plazo determinado cuando debieran estar contratados a plazo indeterminado es que no se les permite acceder al “derecho a la estabilidad indefinida”, y esto es porque en los centros laborales, los empleadores les impiden acceder al derecho a la estabilidad laboral indefinida no tratando a los trabajadores por igual, es decir contratando a su personal sin importar las leyes que determinan quienes trabajan a plazo indeterminado y quienes a plazo determinado. La delimitación de la estabilidad laboral se marca tras la necesidad de proteger al empleo y no a los puestos de trabajo en sí, por ser un fenómeno social.

En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha llegado a la conclusión de dos aspectos del derecho al trabajo:

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. (Acción de Amparo, 2002)

Esta conclusión hace mención al desarrollo progresivo, es decir que los derechos del trabajador deben ser satisfechos cada vez de mejor manera y no volver a un estado de limitación, además de ello el Tribunal Constitucional nos indica que esta progresividad sea según las posibilidades del Estado, y como iremos revisando en la doctrina y jurisprudencia, el aspecto económico no sería un problema, porque la misma ley prevé el otorgamiento de los mismos beneficios en ambos tipos de contrataciones, el cuestionamiento se realiza en la duración del contrato y como este hecho afecta la estabilidad laboral.

4.3.1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA ESTABILIDAD LABORAL

Entre las características de la estabilidad laboral tenemos las siguientes:

- Reconocida su protección a nivel nacional (constitucional pero de forma implícita) e internacional (instrumentos internacionales)

- Asegura la permanencia del trabajador en su cargo de acuerdo a su contrato (a plazo determinado e indeterminado).
- Su protección alcanza a cada trabajador -como individuo- de acuerdo al contrato sea a plazo determinado e indeterminado que haya suscrito.
- La relación laboral solo termina si existen causas justas de despido siguiendo un procedimiento, las que han sido establecidas por la ley específica de cada régimen.
- El fundamento de su protección se encuentra en la dignidad de la persona (trabajador) y en su derecho al trabajo bajo condiciones previstas y protegidas por su ley específica.

4.3.1.3.DESARROLLO NORMATIVO DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN PERÚ

En Latinoamérica, los sindicatos eran un grupo fuerte para los gobiernos de turno, durante este contexto muchos de los trabajadores no eran protegidos por la legislación laboral, por tener la condición de informales. Para el año 1933, las leyes protectoras de derechos laborales solo estaban escritas, más no se aplicaban a tiempo.

Antes del año 1970, los despidos de trabajadores se intensificaban debido a que la norma fundamental así lo permitía, siendo que el trabajador no tenía protección frente a su empleador a poner fin a la relación laboral aun sin causa probada, podían quedar desempleados. Tras el gobierno de Velasco Alvarado se reforma

esta situación, para otorgar estabilidad laboral de los trabajadores en el Decreto Ley N° 18471, fue así que solo se despedía a un trabajador por causas graves y además que estén comprobadas fehacientemente, una absoluta protección que paso a convertirse en extremista, debido a que en la realidad, comprobar que un trabajador había cometido una conducta tipificada como falta grave era muy difícil y complejo.

Guillermo Boza expone en su artículo sobre la consolidación del derecho al trabajo:

La Carta de 1979 significó la adscripción del Perú al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, y con ello se dio un importante avance en el reconocimiento de institutos y derechos laborales al más alto nivel en nuestro ordenamiento. Sin embargo, las normas infraconstitucionales no cumplieron sino deficientemente la tarea de desarrollar tales derechos enunciados (Boza, 2014)

En la Constitución del año 1979 se reconocía la estabilidad laboral en el artículo 48 que expresaba: *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad del trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”*

Esta constitución reconocía a la estabilidad laboral como un derecho el cual solo se podía contradecir con una causa justificable para llegar al despido del

trabajador, y hasta ese momento demostrar que un trabajador tenía responsabilidad para su despido era muy poco probable.

Esta normativa estuvo vigente hasta la entrada del gobierno de Morales Bermúdez en el que se promulgo el decreto ley N°22126, con el cual la estabilidad laboral era relativa, pues este periodo termino cuando se promulgó la ley 24514 y se regresó a la estabilidad absoluta hasta 1990.

En el gobierno de Alberto Fujimori se flexibilizó las normas laborales desde la Constitución Política de 1993, en la que actualmente prescribe en su artículo 27: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*. Esta constitución ya no reconocía muchos derechos laborales antes reconocidos constitucionalmente, además de que se ha intentado desarticular los sindicatos y actualmente todavía en contra de la finalidad del Derecho Laboral, está la informalidad en la que algunos trabajadores se encuentran.

El desarrollo normativo para la denominada flexibilización laboral tiene su inicio con la Ley N° 27600, publicada en diciembre del 2001, a través de la cual se pretende reformar la Constitución de forma total y que ha sido muy cuestionada en razón a la legitimidad que no tendrían los legisladores como poder constituyente para una reforma total de la Carta Fundamental.

Guillermo Boza cita a Miguel Canessa Montejo, quien afirma:

Algunos hechos contemporáneos que prepararon las condiciones propicias para la modificación del Derecho del Trabajo fueron: (i) El triunfo del neoliberalismo; (ii) la transformación del trabajo, que migró de las grandes industrias al sector de servicios; (iii) el retroceso del Estado nuevamente hacia el abstencionismo en las relaciones laborales; (iv) las innovaciones tecnológicas que hicieron inútiles ciertos tipos de trabajo; (v) la descentralización productiva, que selló la desaparición de las grandes industrias; etcétera. Asimismo, las críticas neoliberales al modelo regulador del mercado de trabajo en el plano de las relaciones internacionales empezaba a tener consecuencias manifiestas, como lo era la disminución de ratificaciones en los nuevos convenios internacionales de trabajo (Boza, 2014)

Todas estas circunstancias hicieron viable que el derecho al trabajo no tenga la protección absoluta que para entonces requería por la necesidad de contrarrestar la informalidad laboral.

En la doctrina se ha desarrollado dos tipos de flexibilidad, interna y externa, tal como lo explican Antonio Ojeda y Miguel Gutiérrez:

La flexibilidad externa alude a la capacidad de la empresa para realizar contrataciones y despidos, así como para organizar su proceso productivo acudiendo a los servicios de otras empresas; por lo general, empresas de trabajo temporal. Igualmente, forma parte de la flexibilidad externa la descentralización del proceso productivo mediante el recurso a las

contratas y subcontratas o, en su caso, a los trabajadores autónomos. La flexibilidad interna alude a la capacidad empresarial de modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo dentro de su propia empresa. Por tanto, esta modalidad está vinculada a los elementos que definen tanto las condiciones de los trabajadores cuanto los poderes del empresario con vistas a su modificación. Concretamente, influyen en la flexibilidad interna instituciones como la movilidad funcional, el encuadramiento profesional, la movilidad geográfica, el sistema de modificación de las diferentes condiciones de trabajo o los sistemas de trabajo y rendimiento (Ojeda & Gutierrez, 2014)

Uno de los criterios de clasificación como ya se ha citado es que puede dividirse la flexibilidad en externa e interna. La primera referida al inicio y término de la relación laboral y la segunda abarca las condiciones que se le ofrecen al trabajador para desarrollar sus actividades dentro del centro de trabajo.

En suma, lo que la flexibilidad laboral está logrando, es despojar a la contratación a plazo indefinido y preferir la contratación con plazo determinado, y más aún cuando nos referimos al Estado y su rol social-laboral no es lo mismo igualarla con una empresa que busca lograr mayores utilidades dentro de un mercado exigente. El neoliberalismo ha traído como teoría el avance de cada país basándose en la inversión económica y el flujo de oferta y demanda en un mercado con libre competencia que si bien está protegida por nuestra actual Constitución Política, los fines que cumple un Estado dentro de su jurisdicción son mucho más imprescindibles porque no solo se trata de proteger un puesto de trabajo, sino se debe proteger al derecho al trabajo sin discriminación y trato igualitario ante la

ley, como un derecho fundamental preponderante a intereses privados. Ello no significa que se debe dejar de lado el funcionamiento normal del mercado, sino más bien equilibrar el sistema de protección dentro de las políticas de Estado.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de los efectos de la estabilidad laboral en una interpretación a nivel internacional en el expediente N° 03267-2012-PA/TC:

Por otro lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador, hace referencia a la estabilidad laboral -de acuerdo con las características de las industrias y profesiones- señala, asimismo, que "[e]n 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". En otras palabras, allí no se descarta que la protección frente al despido arbitrario pueda darse mediante la reposición. Como fácilmente puede apreciarse, tanto del parámetro constitucional como del convencional internacional, puede sustentarse la posibilidad de recurrir a la reposición como medio adecuado frente al despido arbitrario. (Proceso de Amparo, 2015)

En este siglo XXI las empresas han tratado de evolucionar a medida que avanza la globalización, gracias a la inversión de estas en los sendos sectores que tiene nuestro país se ha generado más puestos de trabajo, lo que serían resultados

favorables para la empleabilidad, sin embargo el Estado al ser empleador no puede tener fines de lucro como los tiene una empresa, su fin primordial es de la prestación de servicios que requiere su población, entonces tenemos el crecimiento indiscriminado de contratación que de otro lado es un factor que pone en riesgo la estabilidad laboral de entrada para los trabajadores que aspiran a su permanencia en un puesto de trabajo. A pesar de todo ello, la regulación normativa interna no ha variado, pues desde el punto de vista normativo, los trabajadores estables son protegidos y se prefiere ante todo la contratación a plazo indefinido, sin embargo veremos que las cifras que ha publicado el propio Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es que la contratación modal y la contratación administrativa de servicios se incrementa y de otro lado la contratación a plazo indefinido disminuye.

En el VI Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social el ponente, Víctor Ferro expuso “(...) *debe quedar claro que un régimen flexible tanto en materia de estabilidad de la entrada como de salida no garantiza la generación de empleo. Por el contrario, es la combinación de factores económicos, sociales y jurídicos los que resultan determinantes en el incremento o decrecimiento de la tasa de empleo*”. (Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2015)

Las constantes prácticas sobre el proceso de flexibilización con el fundamento de la libertad de empresa así como el libre mercado en el que se desarrollan los fenómenos de oferta y demanda a partir de una inversión, en nuestra realidad social no puede aplicarse de la misma manera como los distintos países en los cuales se ha aprovechado sus utilidades hacia el progreso económico-social, pues

el ingreso del neoliberalismo debe adecuarse a nuestro nivel cultural y verse reflejado en nuestra legislación nacional.

4.3.1.4. ESTABILIDAD LABORAL DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO

En un primer momento solo las actividades que se realizaban en el ámbito privado se referían a la existencia de una relación laboral, y ciertamente en las entidades públicas se manejaba el concepto del Derecho Administrativo, lo que claramente diferenciaba a los trabajadores respecto de si tenían estabilidad laboral lo que imperaba en el sector público y de otro lado se les restaba derechos colectivos. Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 276, la relación laboral existe en cualquier forma de contratación en el cual medie los presupuestos exigidos.

Finalmente el régimen privado se aplica para trabajadores en entidades públicas, tanto así en los que están inmersos los poderes del Estado y órganos constitucionalmente autónomos. En consecuencia, a través del tiempo el régimen privado ha estado abarcando mayor territorio, sin embargo el régimen público siempre encontrará su base legal tal como lo prevé el artículo 40 de la Constitución Política vigente que expresa *“la ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos (...)”*. Tenemos por un lado, que para acceder a la carrera pública (Régimen Público), el ingreso para laborar a plazo indefinido es por concurso público, con una plaza vacante y presupuestada.

Cabe desarrollar en este apartado lo concerniente a la administración pública, surge como parte del despliegue de la jurisdicción administrativa ejercida por el Estado en su rol de poder de soberano, que a lo largo de la historia de la humanidad se ha enmarcado como parte y uso exclusivo del Estado, desde la existencia de las primeras formas de organización (ciudades - Estado), monarquía, la existencia del parlamento como control, la división de poderes hasta llegar a la democracia para el pleno ejercicio de los derecho humanos.

El Estado tiene la más amplia responsabilidad como sujeto de derechos pues como nos dice Roberto Gordillo, este debe velar por el cumplimiento de obligaciones en todos los ámbitos que comprende el desarrollo de una sociedad “*La intervención del Estado no se limita a la acción social directa (promoción de la comunidad, sistemas de seguridad social, subvenciones y subsidios, jubilaciones y pensiones, sistema de medicina social, etc.), sino que va también a la acción social por la vía económica: Regulación de precios y salarios, participación obrera en la conducción y en las ganancias de la empresa, etcétera*” (Gordillo, 2013). Es por medio de esta intervención del Estado en la que se organiza a las instituciones públicas, empresas estatales y mixtas con la finalidad de brindar todos los servicios necesarios para la población dentro de su soberanía, tales como actividad de policía, planificación, solución de conflictos, empresarial e industrial sancionadora tal como lo refiere Gaspar Ariño. Los constantes cambios que se producen en el comportamiento social tienden a exigir el cambio en la regulación normativa dentro un país, la creación, la modificación, la eliminación y actualización en general de conceptos que se manejan dentro del Derecho Administrativo en pro de todas las personas en relación con el Estado.

Piero Rojas citando a Santofinimio, dice *“En definitiva, lo que determina a la administración pública como objeto de derecho administrativo no es la simple función calificada como administrativa, sino la existencia de órganos de esta naturaleza que conforman una estructura administrativa, esto es, un cuerpo de sujetos de derecho público y organismos administrativos”* (Rojas, 2015). El derecho administrativo no podría limitarse a tener un objeto que simplemente abarque labores administrativas, siendo que organiza a todo el aparato estatal bajo los conceptos de descentralización y desconcentración para llegar a cumplir las múltiples finalidades que como persona jurídica tiene a su cargo, además de tener un rol social.

La administración pública entendida según Piero Rojas como *“La administración pública es un instrumento para alcanzar un desarrollo social y económico sostenido, pero también debe entenderse como un camino para lograr que los avances que se generan en el Estado puedan llegar también a las masas poblacionales y que la distribución favorezca también a los que más lo necesitan y no solo a los que más tienen”* (Rojas, 2015). Por ello que la estructura del Estado debe ser tan consolidada para que su desarrollo pueda ser eficiente y eficaz, y son las leyes las que moldean esta estructura buscando la uniformidad en la atención y garantía del cumplimiento del servicio de calidad.

La administración pública se puede caracterizar como permanente por tener inmersas actividades indefinidas para los usuarios en los distintos sectores, de ahí la necesidad de la contratación laboral de cierta cantidad del personal; con contenido general tal como lo íbamos mencionando, la sistematización que se realiza involucra a muchos ámbitos de desarrollo social; contiene una prestación

directa y concreta, ya que se debe a las exigencias de los administrados para recurrir al órgano administrativo y que este a su vez logre este disfrute en los derechos de las personas, normalmente se concreta a través de actos administrativos, tal como se establece en la Ley del procedimiento administrativo general¹.

Como lo mencionamos, el Estado a través de sus funcionarios y servidores públicos debe verificar la procedencia de un acto administrativo de tal modo que si un administrado recurre ante la administración pública lo hace para el reconocimiento o disfrute de un derecho, que permite a todos vivir bajo un concepto de protección de la libertad con una orientación del bien general.

Es así el avance al que debe estar el Estado para la garantía de los procedimientos administrativos de tal manera que puedan satisfacer las necesidades de los usuarios al solicitarlo ante la administración pública que a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha interpretado la aplicación del control de Convencionalidad por autoridades administrativas y ya no solo pronunciamientos del órgano judicial. Siguiendo esta idea el autor Jorge Reyes Negrete dice *“el gobernado tiene que recurrir a la revisión judicial, a través del control concentrado de constitucionalidad o convencionalidad, en virtud de haber sido víctima de quebrantamientos a sus derechos humanos por parte de las autoridades que integran la administración pública. De ahí que, divulgar el conocimiento de los derechos humanos sea un instrumento indispensable para impulsar su goce y evitar su transgresión”* (Reyes, 2016).

¹ Ley 27444 – Ley del procedimiento administrativo general aprobado el 10 de abril de 2001 que regula la actuación del Estado y los procedimientos comunes.

Según la Autoridad Nacional del Servicio Civil, los trabajadores laboran para la administración pública bajo varios regímenes laborales, tenemos por un lado los trabajadores con carrera pública por el Decreto Legislativo 276 – Ley de bases de la carrera administrativa, los que no tienen carrera y que pertenecen a la actividad privada bajo el Decreto legislativo N°728 y el régimen especial (contrato administrativo de servicios – Decreto Legislativo N°1057, Profesorado y magisterial – Ley N°24029 y Ley N°29062, Docentes universitarios – Ley N°23733, Profesionales de la Salud – Ley N°23536, Asistenciales de la salud – Ley N°28561, Magistrados – Ley N°29277, Fiscales – Decreto legislativo N°052, Diplomáticos – Ley N°28091, Servidores penitenciarios – Ley N°29709, Militares y policías – Ley N°28359) y los que no tienen carrera pero si con vínculo laboral, los gerentes Públicos por Decreto legislativo N°1024 y por ultimo sin carrera con vinculo civil (Trabajadores por convenios de administración con PNUD y Fondo de apoyo gerencial por Decreto legislativo N°25650) (Autoridad Nacional del Servicio Civil, s.f.)

Ha entrado en vigencia la Ley Marco del Empleo (Ley N° 28175) que abarca lo concerniente a la relación de un empleado y la administración pública respecto de los servicios que presta y dentro de estos están también los empleados que laboran por regímenes especiales, así como la Ley de bases de la carrera administrativa (Decreto legislativo N°276) que en su artículo 1° refiere a la regulación de servidores públicos desde su ingreso hasta la terminación de la relación laboral, por supuesto que bajo este decreto legislativo se contrata a los trabajadores permanentemente

Las instituciones públicas que se rigen por la administración pública están enumeradas en la Ley N°27444 y son:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. (Ley del procedimiento administrativo general, 2001)

La determinación de las entidades que conforman la administración pública, permite el otorgamiento de derechos y la dación de obligaciones a los trabajadores según la actividad que realicen. Entre los derechos de los empleados públicos se encuentran:

- Protección adecuada contra el cese arbitrario con observancia de garantías constitucionales del debido proceso Igualdad de oportunidades
- Seguridad social.
- Descanso vacacional
- Remuneración
- Permisos y licencias

Sin embargo es importante resaltar que el ingreso de servidores públicos a la administración pública es a través de concurso público a cargo de una Comisión para el concurso. Por el Decreto Legislativo 276 se accede a cargos de naturaleza temporal o permanente, a lo que Alfonso de los Heros agrega:

Sería ideal un sólo régimen para todos los trabajadores. Sin embargo, por las características del servicio público, los intereses que protege, la necesidad de la profesionalización y estabilidad de sus miembros, la exigencia de concurso público para ocupar las plazas, la meritocracia para ascender en la carrera pública y la estabilidad en esa carrera para evitar el abuso político, creo que el empleo público tiene que estar sujeto a ciertas normas, obligaciones y derechos específicos, como los recogidos en la Ley del Servicio Civil (De los Heros, 2014)

La idea de convocar a los concursos públicos para el ingreso de trabajadores a la administración pública se convierte en un filtro de méritos que a pesar de tener deficiencias, logra seleccionar a cada trabajador siguiendo un procedimiento de selección en el cual tiene que atravesar una serie de etapas para la verificación de sus aptitudes y actitudes frente al cargo a desempeñar, situación que se puede medir con conocimientos académicos, valores, pruebas psicológicas, entre otras.

Jorge Castillo y otros autores explican en lo referente al tratamiento de los regímenes laborales que:

Cada uno de estos regímenes cuenta a su vez con una serie de regímenes especiales, por ejemplo en el caso del régimen público encontramos disposiciones especiales para los magistrados, magisterio, diplomáticos, militares y policías, entre otros; mientras que en el ámbito del sector privado, (anteriormente denominado régimen de la Ley N° 4916), existen regulaciones especiales para trabajadores domésticos, de construcción civil, de vigilancia particular, de la actividad agraria y acuícola, etc. (Castillo, y otros, 2010)

El Estado otorga estabilidad laboral de salida a los trabajadores de la administración pública, porque aun existiendo una causa justa de despido el empleador deberá seguir un procedimiento para el despido de su trabajador, lo que le otorga a este último la oportunidad de defenderse a lo largo del procedimiento administrativo.

El Tribunal Constitucional se pronunció con carácter de precedente en la Sentencia 05057-2013-AA/TC (caso Huatuco Huatuco), precisando que:

Únicamente cabe solicitar la reposición en un puesto público si el demandante había entrado a trabajar al Sector Público a través de un concurso público de méritos para una plaza disponible y presupuestada. Tampoco aquí no suprime a la reposición como medio adecuado contra el despido arbitrario, sino que se hace un distingo, también con sustento constitucional, destinado a promover la meritocracia y el concurso público como medio de ingreso y desempeño en la función pública, sin

desconocer con ello la importancia del principio de primacía de la realidad, pues se mantiene la plena vigencia de los criterios jurisprudenciales ya establecidos por el Tribunal al respecto. (Proceso de Amparo, 2015)

En este punto, hay que tener en cuenta que no se cuestiona el precedente respecto del ingreso de un trabajador a la administración pública, más bien el hecho de que, como ya se tiene expuesto, un trabajador debe ingresar a laborar bajo el régimen, el tiempo, y con las condiciones que la ley ha previsto; de otro lado el Estado debe prever todas las plazas necesarias que requieran de un presupuesto fijo por la naturaleza de su actividad.

El Tribunal Constitucional también ha establecido en el Expediente N°03683-2012/AA-TC que:

Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado la existencia de un despido arbitrario, este Tribunal estima pertinente señalar que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra la Administración Pública que tenga por finalidad la reposición de la parte demandante, ello tiene que registrarse como una posible contingencia económica que tiene que preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que se ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa. En estos casos la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá que tener presente que el artículo 7° del CPConst.

dispone que “El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado”. (Proceso de Amparo, 2012)

Se ha discutido además acerca del servicio que brindan las instituciones públicas a través de sus servidores públicos, pues se mantiene la idea de que los trabajadores que laboran a plazo indefinido muchas veces no brindan un buen servicio para el usuario pues contarían con la seguridad de conservar sus cargos, esta situación debe también equilibrarse a través de consultas a los usuarios así como recomendaciones y capacitaciones para una mejor atención y aptitudes de los empleados del Estado. Debe ser objeto de regulación de cada institución pública para no tener sobreprotegido al trabajador. Asimismo estamos de acuerdo con que la contratación a plazo determinado debe seguir produciéndose pero no debe sobrepasar los límites de excepcional entre los trabajadores de la entidad, ello es necesario para asegurar el tráfico de contratos y la fluidez de trabajadores contratados a plazo determinado.

4.3.1.5. ESTABILIDAD LABORAL COMO DERECHO

El derecho a la estabilidad laboral es fuente de los derechos de los trabajadores, de este surge la protección al trabajador en el desarrollo de actividades en su centro laboral, por ello la protección es a nivel nacional e internacional.

Muchas veces los empleadores a pesar de conocer las leyes, prefieren no prestar atención respecto de los derechos e intereses de los trabajadores, a pesar de que ello pone barreras a sus propios trabajadores para limitarlos de sus aspiraciones en su proyecto de vida, este es un hecho como consecuencia de la contratación laboral que desestabiliza al trabajador a nivel individual y colectivo.

Víctor Ferro nos expone *“Huelga destacar que el reconocimiento de la estabilidad laboral en el ordenamiento jurídico determina la necesidad de una regulación consistente con la consagración de otros derechos previstos en la legislación, señaladamente la contratación modal y la tercerización, e incidirá, incluso, en el desarrollo de la negociación colectiva”*. (Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2015)

El derecho a la estabilidad laboral no es independiente de los demás derechos que protegen al trabajador pues conlleva el respeto de la dignidad de una persona en calidad de trabajador, en consecuencia el trato igualitario ante los demás trabajadores en condiciones similares, sin discriminación de ninguna índole. Asimismo tenemos el derecho a alcanzar seguridad en su puesto de trabajo sin vulneración de derechos conexos de acuerdo a la situación individual, es decir, el cargo que ocupa en el centro de labor.

4.3.1.6. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

Como ya se tiene expuesto, nuestra Constitución Política vigente se ha modificado respecto a la estabilidad laboral, a pesar de que los artículos que protegen a los trabajadores² han sido modificados para coadyuvar la política de

² Artículo 2. *Toda persona tiene derecho a:*

15. *a trabajar libremente, con sujeción a ley.*

Artículo 10. *El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.*

Artículo 22.- *Protección y fomento del empleo*

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23.- *El Estado y el Trabajo*

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Artículo 24.- *Derechos del trabajador*

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

Artículo 25.- *Jornada ordinaria de trabajo*

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

Artículo 26.- *Principios que regulan la relación laboral*

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. *Igualdad de oportunidades sin discriminación.*

2. *Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.*

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

Artículo 27.- *Protección del trabajador frente al despido arbitrario*

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Artículo 28.- *Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga*

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. *Garantiza la libertad sindical.*

2. *Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Estado sobre flexibilización laboral, actualmente los resultados están vulnerando otros derechos, como el de los trabajadores que debieran estar gozando de estabilidad indefinida pero no lo están porque se prefiere la contratación a plazo determinado, esto después de emitirse la sentencia del expediente N°1124-2001-AA, pues lo que busca esta contratación es la competitividad laboral. Nosotros consideramos que el sistema no puede descuidar la estabilidad laboral porque los trabajadores permanentes también pueden ser capacitados así como fiscalizados en sus labores y brindar un buen servicio a los usuarios, en todo caso se debe prever un porcentaje límite para los tipos de contratos cuál sea su régimen.

El Tribunal Constitucional ha establecido cual es la protección al derecho individual al trabajo en el Expediente N° 05650-2009, *“Toda persona tiene derecho a un trabajo asimismo a conservarlo y no ser retirado del mismo sin motivo justificado, al que se le entiende de como proscripción a ser despedido salvo por causa justa, el Estado debe construir políticas destinadas a darles oportunidad laboral a las personas al trabajo de manera progresiva”* (Proceso de Amparo, 2014)

Las leyes no pueden restar derechos que un trabajador por su condición debe ejercerlos, a través de las políticas de Estado y de gobierno se debe lograr la mejora de estos. Aunque debemos realizar una aclaración estricta, y es que el Estado no debe sobreproteger al trabajador y de otro lado no puede suprimir sus

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Artículo 29.- Participación de los trabajadores en las utilidades

El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

derechos de forma absoluta. La historia nos muestra que ambos extremos son perjudiciales y son las leyes las que al aplicarse regulen de la manera más próxima a cumplir con los fines sociales y progresivos necesarios.

Jaime Beltrán Quiroga mantiene que: *“Los empleados públicos desde un inicio han gozado de protección contra el cese o la separación arbitraria del cargo, logrando una estabilidad mayor que los trabajadores del sector privado, debido incluso a la ajenidad que muestran los cargos directivos para tomar decisiones contra los subalternos (...)”*. (Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2010)

Realizando una reflexión a esta opinión realmente son los empleados públicos los que gozan de esta estabilidad laboral indefinida porque su contrato está en estos términos, por ello se debe tener en cuenta que los trabajadores que no tienen este amparo contractual tampoco tendrán este derecho a la estabilidad laboral indefinida, y por tanto se ven privados de este derecho.

Existen en nuestro país instituciones u organismos que orientan, supervisan y fiscalizan del cumplimiento de la legislación laboral en los centros de trabajo y que además velan por el respeto de los derechos de los trabajadores, entre estos tenemos:

- a. **Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL)**. Es un organismo adjunto al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, creado por Ley N° 29981 que ha modificado la ley general de inspección del trabajo (Ley N°

28806) y la ley orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N° 27867), esta ley de creación establece en su artículo 1° que *“créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral en adelante SUNAFIL, como Organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable del promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias”* (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2019) y tal como se publica en su página web³, sus políticas son las siguientes: impulsar la formalización laboral, a través de información y asesoramiento para contribuir con la creación y desarrollo de empleo decente, en concordancia con las políticas de desarrollo productivo y sostenible de la economía; promover el cumplimiento de los derechos socio-laborales de los trabajadores, a través de un sistema de inspección de trabajo eficiente y de calidad y, en coherencia con las políticas de crecimiento y desarrollo del país; y fortalecer la modernización de la gestión sectorial con énfasis en los programas y proyectos sociales como instancias para promover y desarrollar la empleabilidad, empleo y autoempleo (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2019)

- b. Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo (DRTPE)**⁴. Como parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Poder Ejecutivo) encargado de atender las políticas laborales además del empleo e inserción laboral,

³ <https://www.sunafil.gob.pe/>

⁴ Ley de organización y funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo – Ley N°29381 de fecha 16 de junio del 2009

velando por el cumplimiento de la normativa laboral y respetando los derechos del trabajador.

Las funciones que cumple y que le han sido atribuidas están prescritas en su Reglamento de Organización y Funciones aprobado por Resolución Ejecutiva Regional N°530-2004.GR CUSCO/PR.

- c. Autoridad Nacional del Servicio Civil**⁵. Esta entidad anexada a la Presidencia del Consejo de Ministros, y está encargada del correcto funcionamiento y organización de los trabajadores dentro de la Administración Pública. *Los principios de la reforma que lidera SERVIR buscan que el Estado cuente con personas (Servicio Civil) con una clara orientación de servicio al ciudadano, que se rigen por principios de mérito, que su ingreso se da mediante procesos transparentes, que son evaluadas por el logro de objetivos concretos y que reciben incentivos en base al rendimiento* (Autoridad Nacional del Servicio Civil, s.f.)

Por la ley del servicio civil, actualmente la Autoridad Nacional del Servicio Civil gestiona a los trabajadores para que finalmente puedan pertenecer a cada Régimen que procure otorgar derechos iguales ante situaciones iguales, de tal modo que progresivamente el Estado brinde un servicio de calidad, en base a criterios de eficiencia y eficacia.

⁵ Se crea mediante el Decreto Legislativo N°1023 en fecha 20 de junio de 2008, así también se aprobaron los decretos legislativos N°1024 crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos, N°1025 aprueba normas de capacitación y rendimiento para el sector Público, N°1026 establece un régimen especial facultativo para los gobiernos regionales y locales que deseen implementar el proceso de modernización integral y N°1057 regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios

El proceso de traspaso de las Entidades bajo la ley SERVIR pasa por cuatro etapas, la primera que será la preparación de la Entidad, lo que incluye la conformación de un Comité encargado de la concientización e información hacia los trabajadores sobre los parámetros de la ley, para lo cual la entidad ya debe contar con un mapeo de puestos de acuerdo al régimen que corresponda, un mapeo de procesos y un informe con propuestas de mejora; la segunda etapa consistente en el análisis de la situación de la Entidad, sobre las convocatorias de puestos en compatibilidad con los puestos determinados y necesarios; la tercera dirigida a actualizar y mejorar todo el sistema de gestión de los recursos humanos en las contrataciones de acuerdo a un cuadro de puestos estructurado para cubrir las necesidades de la Entidad; y por último, la cuarta etapa referida a la implementación del régimen, momento en el cual se realizan las contrataciones bajo los perfiles diseñados en las sendas plazas.

La Autoridad del Servicio Civil en el camino a ordenar los recursos humanos ha tenido iniciativa con los órganos que componen el servicio civil y *“estando a la diversidad de regímenes laborales existentes y a efectos de poder mejorar la selección de personal para los diversos puestos de trabajo, el Estado ha tenido por conveniente poner en práctica algunas iniciativas laborales a efectos de gestionar de mejor forma el talento humano y de esa forma optimizar su selección y las capacidades profesionales de los trabajadores en las diversas instituciones del Estado* (Terry, Nuñez, & Aranibar, 2017). Entonces, es conveniente tener en cuenta las cifras de este traspaso que no son muy alentadoras, pues las instituciones deben solicitar el mismo para que de esta forma a lo largo de cada fase se vaya puliendo la organización y estructura de la institución desde la identificación del estado actual de la entidad hasta la necesaria verificación de las

metas que cada una de estas debe cumplir. Según las estadísticas de SERVIR hasta el año 2020 en la etapa para la conformación del Comité se tienen 248 Entidades, en la segunda etapa hay 157 y con resolución de inicio son 19, en la tercera etapa tenemos 68 y realizando convocatorias bajo este Régimen son 7 Entidades. Recordemos que en la actualidad existen más de 2700 Entidades y se tenía previsto este traspaso en 6 años y a pesar del esfuerzo del Estado de mejorar todo el Sistema de Gestión de Recursos Humanos, la demora en este traspaso puede durar muchos más años de los que se habían previsto.

4.3.1.7. AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

En la realidad de los trabajadores en su centro de labor se afectan los derechos de estos, muchas veces el desconocimiento, la necesidad, la falta de interés y muchos otros factores pueden conllevar a que la estabilidad laboral pase a segundo plano y la reflexión sobre este tema, que no se puede abordar de forma tan superficial, es un hecho que las diferencias entre trabajadores permanentes y temporales existen, puesto que anualmente se suscriben una gran cantidad de contratos en los cuales seguramente se condiciona al trabajador afectando más de un derecho.

El autor Guillermo Boza nos explica lo siguiente: *“Es ya un lugar común señalar que el Derecho del Trabajo parte de la constatación fáctica de una relación desigual o asimétrica entre trabajador y empresario, por lo que busca, por*

diversos medios, restablecer el equilibrio o, por lo menos, atenuar la desigualdad existente” (Boza, 2014)

Nos encontramos en un panorama en el que claramente el trabajador se encuentra en desventaja por la realidad fáctica en la que se encuentra, por ello el Estado debe prever mecanismos de protección para el trabajador frente a su empleador y más aún si es el Estado el empleador.

La estabilidad laboral se ve afectada cuando el empleador no cumple con la norma prevista para la contratación laboral en su centro de labor, no permitiéndole al trabajador la oportunidad de adquirir derechos de acuerdo a la suscripción de su contrato en concordancia con su desarrollo laboral. La estabilidad laboral, no solo afecta al trabajador, sino que afecta también a su entorno familiar y personal (proyección de vida).

Tenemos entre las leyes de Dinamarca y de acuerdo a Blancas Bustamante, que:

“(…)Para armonizar ambos conceptos, se «flexibiliza» el despido, eliminando o reduciendo las barreras legales con que se protegía al trabajador, pero se expande la protección de sus ingresos y las oportunidades de encontrar rápidamente un nuevo trabajo mediante las políticas pasivas (subsidios o prestaciones) y activas (capacitación, servicios de colocación) a cargo de la seguridad social y del propio Estado”
(Blancas, Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral, 2012)

A nivel internacional tenemos el Caso Lagos del Campo Vs Perú⁶; en este caso, la Corte Interamericana ha desarrollado el derecho a la estabilidad laboral, siendo que se ha demandado al Estado peruano, porque los derechos que se han vulnerado son los siguientes: Libertad de pensamiento y de expresión, Garantías Judiciales, Estabilidad Laboral, Libertad de Asociación, deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Los hechos se desarrollan cuando el señor Lagos del Campo en su condición de demandante, exige tutela frente a los derechos que se han visto vulnerados.

Respecto a la libertad de expresión la Corte ha considerado que el fuero judicial debe garantizar el ejercicio del mismo y que las declaraciones del señor Lagos del Campo han sido de interés público y contaba con protección a cierto nivel. Además que no tienen contenido malicioso o injurioso y solo se pretendía informar una situación concerniente a las irregularidades que según el señor Lagos del Campo se suscitaban.

En el artículo 26 de la Convención Americana se protegen los derechos laborales (29 a, b, c) indica que el derecho del trabajo implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo ya que se le protege del despido arbitrario en el caso de despido y se diere esta situación el empleador debe indemnizar al trabajador.

⁶ Sentencia del caso Lagos Del Campo Vs. Perú, de fecha 31 de agosto de 2017 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello no significa que el trabajador se arraigue permanentemente en su puesto de trabajo, el derecho a la estabilidad laboral se refiere a que se le garantice al trabajador a conservar este derecho mientras cumpla con los deberes en su condición de subordinado que ofrece su fuerza humana a cambio de una remuneración y los beneficios sociales correspondientes. La conclusión de la Corte fue:

“(...) considera que el Estado con motivo del despido del señor Lagos del Campo de su puesto de trabajo, vulneró sus derechos a la estabilidad laboral (art. 26 en relación con los arts. 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención) y a la libertad de expresión (arts. 13 y 8 en relación con el artículo 1.1 de la Convención), representación laboral y derecho de asociación (arts. 16 y 26 en relación con los arts. 1.1, 13 y 8 de la Convención), todo ello tuvo como consecuencia un impacto en su desarrollo profesional, personal y familiar” (Caso Lagos del Campo Vs Perú, 2017)

La Corte determino la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, la estabilidad laboral, libertad de asociación, protección judicial y garantías judiciales en perjuicio del señor Lagos del Campo. Adrián Goldin opina respecto la condición de desigualdad del trabajador que *“Pese a aquella condición de desigualdad implícita en el vínculo de la dependencia laboral, el transcurso del tiempo y el avance de las ideas sociales no alcanzaron para abolirla, sino apenas para mejorar el diseño de los límites que la restringen, una de cuyas manifestaciones más recientes es, sin*

dudas, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo” (Goldin, 2014)

Y cada ley que entra en vigencia tendrá como misión de eliminar el hecho de que el trabajador sea la parte más débil en una relación laboral, sin llegar al proteccionismo extremo, como ya se tiene expuesto.

Además de ello, Adrian Goldin expone *“Casi con la pretensión de volver sobre la idea básica e histórica del Derecho del Trabajo, podría a esta altura formularse una suerte de corolario dogmático que de algún modo la exprese y la complete: El Derecho del Trabajo es un derecho basado (i) en la desigualdad como presupuesto fáctico; (ii) en la igualdad en dignidades como contrapartida axiológica; y (iii) en la construcción de equilibrios como instrumento de realización” (Goldin, 2014)*

Es claro que la relación de trabajo entre el empleador y su trabajador no se crea en condiciones de igualdad y ciertamente mientras exista el elemento de la subordinación ambas partes se encontraran en un desequilibrio, en la que el Estado a través de su legislación interna e incluso valerse de instrumentos internacionales para otorgar desde un ámbito jurídico la protección necesaria para evitar un posible abuso del más fuerte hacia el más débil en términos económicos, de tal forma que los trabajadores puedan sentirse amparados al suscribir sus contratos y saber que tienen derechos, y tras el cumplimiento de estos les permitirán desarrollarse en su ámbito laboral, no siendo así de forma extrema, pues en la historia se observa que el Estado no puede ser tan absoluto respecto a su rol protector, pues debe controlar justamente lo anteriormente expuesto, el equilibrio

entre las partes como expone la teoría de la autonomía de la voluntad. Y de otro lado no puede ser tan desprendido de la protección de los derechos laborales, pues de la misma forma al flexibilizarse demasiado las leyes por la prevalencia de la economía de mercado, el sistema no funcionará porque se verán desprotegidos los derechos de los trabajadores y lo que se pretende es un punto medio entre estas dos connotaciones.

La garantía que concede el derecho a la estabilidad laboral de salida permite al trabajador mantener la seguridad de no ser despedido súbitamente a menos que se den las causales justas de despido como se prevén en las leyes específicas de acuerdo a cada régimen ya sea público, privado o especiales.

4.3.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS CONTRATOS A PLAZO DETERMINADO

4.3.2.1. DEFINICIONES DE CONTRATO

Cuando hablamos solo de “contrato”, las múltiples definiciones que encontraremos serán en torno al Derecho Civil, a pesar de ello podemos citar algunas definiciones para comprender los demás conceptos.

Según Raúl Chaname Orbe, el contrato puede definirse como el “*acto jurídico bilateral que incide sobre relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial. Conformidad existente entre las manifestaciones de voluntad de las partes*” (Chanamé, 2002)

En conclusión diremos que el contrato es aquel medio por el cual las partes (que pueden ser dos o más personas) llegan a un acuerdo que los obliga a tomar acciones o se les otorga derechos según sus intereses.

4.3.2.2. DEFINICIONES DE CONTRATO DE TRABAJO

Entre las definiciones de contrato de trabajo en específico podemos citar a Jorge Toyama y Luis Vinatea que definen al contrato de trabajo:

Es un acuerdo de voluntades constituido entre dos partes llamadas: trabajador y empleador, el primero se compromete a prestar sus servicios en forma personal a cambio de una remuneración pagada por el segundo quien en virtud de un vínculo de subordinación, goza las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados. (Toyama & Vinatea, 2015)

Este vínculo de subordinación que inicia con el consenso de ambas partes, le otorga facultades al empleador para disponer sobre su trabajador respecto del desarrollo en sus labores.

Se considera al contrato de trabajo como un consenso entre las partes, sin embargo este contrato no se da entre una igualdad de partes, es el empleador quien al buscar su beneficio, pone las condiciones para que sus trabajadores realicen las actividades propias de la empresa o entidad pública.

Julio Haro mantiene la definición siguiente:

El contrato de trabajo tiene como principal característica el que puede ser expresa o tácita, entendiéndose esta última que basta solo el darse la relación laboral o de trabajo para que se pueda confirmar la existencia de derechos y obligaciones, tanto para el trabajador como para el empleador (Haro, 2013)

La contratación de forma tácita da lugar a la existencia de una relación laboral a plazo indefinido, en cambio si se trata de un contrato temporal a plazo determinado debe ser realizado por escrito o llamado expreso. Tal como lo indica el artículo 4 del Decreto Legislativo N°728 “(...) *el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establezca, también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna*” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

El Tribunal Constitucional ha determinado la prevalencia que tiene la presunción de la existencia de una relación laboral en el considerando tercero de la sentencia emitida en el expediente N°1874-2002-AA-TC, emitida en diciembre del 2003 que expresa:

Hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado. (Acción de Amparo, 2003)

En el Derecho positivo tanto así en la jurisprudencia ya se ha aclarado sobre la excepcionalidad del contrato a plazo determinado, siendo para su exigibilidad requisitos objetivos para su suscripción.

Jorge Castillo y otros autores explican que “*El contrato de trabajo da origen a un vínculo laboral, el cual genera y regula un conjunto de derechos y obligaciones para las partes, así como las condiciones dentro de las cuales se desarrollará dicha relación laboral*” (Castillo, y otros, 2010)

Y en un concepto más reflexivo acerca del contrato de trabajo y cómo surge el direccionamiento del empleador y la subordinación a la que está sometida el trabajador; tenemos a Antonio Baylos Grau citado por Adrián Goldin, quien expresa:

El contrato de trabajo significa libertad en la medida en que expresa el poder del hombre sobre sí mismo para comprometer sus esfuerzos, pero implica también sometimiento, en cuanto hace posible el predominio del mayor poder de un hombre sobre otro. El Derecho del Trabajo asume la compleja tarea de armonizar aquel factor de libertad, al que habilita, con este último factor de sometimiento, que, como se expresara antes, procura limitar. No es, por lo tanto, que el Derecho del Trabajo abandone la perspectiva contractual. (Goldin, 2014)

4.3.2.3.SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Los sujetos que intervienen en una relación laboral son:

- a. **Trabajador.** Es la persona quien ofrece su fuerza humana a cambio de una remuneración. Cabe resaltar que esta parte será siempre una persona natural.
- b. **Empleador.** A diferencia del trabajador el empleador puede ser persona natural o jurídica, que ejerce su poder de dirección sobre el trabajador para determinar sus labores acorde a los fines de creación de la empresa, entidad pública o como persona natural.

4.3.2.4.ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Para determinar que existe una relación de trabajo deben estar presentes los siguientes elementos:

- a. **La prestación personal.** Referido a la realización del servicio en favor del empleador de manera directa, asimismo significa que el trabajador no podría transferir este servicio a otra persona, aunque la norma deja abierta una posibilidad.

De esta forma se tiene y concordante con el artículo 5 del Decreto Legislativo N°728 *“El trabajador realiza personalmente la labor encomendada; sin embargo, no invalida esta condición si el trabajador es ayudado por familiares directos que dependen de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores”* (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

La ley ha previsto situaciones en las cuales la prestación de servicios se realiza de manera indirecta, esto es a través de la tercerización de servicios (Ley N° 29245) y la intermediación laboral (Ley N° 27626); y aun así la empresa que es contratada para realizar los servicios de otra, son prestados por personas naturales.

Aunque generalmente la relación del trabajador con su empleador es directa, la legislación peruana permite que empresas puedan ser contratadas por otras para la prestación de trabajo, sin embargo, debemos aclarar que la prestación propiamente dicha la ejercerá una persona natural.

Para ilustrar una forma de contratación indirecta Jorge Castillo dice:

Nuestra legislación permite la intermediación laboral mediante cooperativas de trabajadores y empresas de servicios. Estas pueden celebrar contratos con determinadas empresas (denominadas usuarias) para la prestación de servicios, destacando determinado personal, con la obligación de asumir el otorgamiento de los beneficios sociales correspondientes a los trabajadores destacados así como las contribuciones sociales del caso, mientras que el vínculo técnico y el poder de dirección lo asume (salvo el caso de servicios especializados) la empresa usuaria. (Castillo, y otros, 2010)

- b. **Remuneración.** Cuando el empleador contrata a sus trabajadores, estos prestarán sus servicios, su fuerza humana ya sea manual o intelectual, los cuales serán en beneficio del empleador; la productividad que sus trabajadores alcancen deberá ser recompensado, esto es con la remuneración, como consecuencia obligatoria de una prestación que será en especie o dinero, siempre y cuando sea de libre disposición del trabajador.

Respecto de la remuneración se han estudiado distintas teorías como la teoría de los ingresos, que es explicada por Adam Smith considerando que los trabajadores podían tener mayores ingresos de acuerdo a la producción que se obtenían de sus labores, esto es según las utilidades que obtiene el empleador, el crecimiento económico conjuntamente con la mano de obra incrementaban la remuneración; la teoría de la subsistencia, en la que se manejan dos conceptos que son el precio natural y el precio de mercado, el primero permitirá al trabajador el disfrute de las condiciones mínimas para vivir de su salario, y el segundo referido a las garantizar

la vida del trabajador a un nivel superior que el primer concepto. En consecuencia, esta teoría se basa en la oferta y demanda de la mano de obra; la teoría marxista, propuesta por Carlos Marx, explica que el empleador le paga a su trabajador por la fuerza de trabajo mas no por su trabajo, es decir hay una parte del tiempo del trabajador que le dedica a la productividad de acuerdo a su cargo en su centro de labor, sin embargo hay una segunda parte del tiempo del trabajador dedicado a laborar para las ganancias de su empleador, lo que ciertamente no es remunerado; la teoría de los salarios altos, implica que si un trabajador percibe mayor remuneración su capacidad de gasto será también mayor y como un efecto circular, los empleadores tendrán mayores utilidades para seguir pagando a sus trabajadores una remuneración alta.

- c. **Subordinación.** Este es un elemento que se ha convertido en esencial para determinar si existe o no una relación de trabajo.

Una de las definiciones nos la expone Julio Haro *“La subordinación consiste en la obligación asumida por el trabajador de someterse a las órdenes o instrucciones del patrono. Existe también la subordinación económica que consiste en la necesidad que tiene el trabajador de una remuneración para su subsistencia y la de su familia”* (Haro, 2013)

A su vez esta subordinación le confiere al empleador un poder de dirección para dar órdenes respecto a todo lo concerniente a la ejecución o desarrollo de la labor, para dicho fin el empleador organizará los factores de tiempo, la productividad, el orden de actividades, el modo de trabajo y otros.

Guillermo Boza dice que para que surja la situación jurídica entre un empleador y su trabajador se debe tener en cuenta lo siguiente:

Se genera una relación de sujeción. El trabajador somete su libertad a un tercero para que éste dirija su actividad. Por eso, la nota distintiva del contrato de trabajo es la subordinación. Pero se trata de una subordinación jurídica, que no afecta la personalidad del trabajador, quedando incólumes los derechos inherentes a la persona del trabajador (dignidad, honor, intimidad y el resto de derechos que nuestro ordenamiento constitucional le atribuye a la persona humana) (Boza, 2014)

Efectivamente la subordinación es una condición de creación jurídica que no resta los derechos fundamentales del trabajador cuando se crea la relación laboral, en consecuencia la protección nacional e internacional está presente y vigente respecto a los derechos, así como lo establece el artículo 9 del Decreto Legislativo N°728:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de criterios de razonabilidad y

teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

4.3.2.5. CLASES DE CONTRATOS DE TRABAJO

De forma convencional en la doctrina se ha clasificado a los contratos en indeterminado, fijo y determinado:

1) Contrato a plazo indeterminado. Este contrato es aquel en el cual la relación laboral no tiene una fecha para su término, ya sea tácita o expresa, si se reúnen los elementos de un contrato de trabajo se sobreentiende que el plazo es indefinido; este contrato es suscrito como regla general de acuerdo a nuestra legislación vigente.

Una de las definiciones del contrato a plazo indefinido es la siguiente:

Es la regla general en el derecho laboral, es el acuerdo de voluntades entre el empleador y el trabajador, mediante el cual el trabajador otorga su prestación personal al empleador, siendo que dicha relación laboral estará bajo un margen de subordinación y con el pago de una remuneración, sin embargo, no se encontrará establecida la fecha de la extinción de dicho contrato de trabajo. Para poner fin al contrato de trabajo a tiempo indeterminado, se requiere de una causa justificada regulada por ley. (Jiménez, Quispe, Fernández, & Pérez, 2015)

2) Contrato a tiempo parcial. Una de las definiciones establecidas por Jorge Toyama y Luis Vinatea dice *“Es un contrato laboral que pueden suscribir los empleadores para contratar a trabajadores. La característica principal radica en la prestación de una jornada menor al 50% de la jornada máxima legal (menos de 4 horas diarias o en promedio semanal). Este tipo de contratos debe ser celebrado por escrito”* (Toyama & Vinatea, 2015)

En este tipo de contratos se otorgan todos los beneficios sociales a excepción de los que pretenden el mínimo de horas laboradas o que en promedio por semana no sean menor a cuatro horas.

3) Contrato a plazo determinado. Está referido a la temporalidad establecida para poner fin a la relación laboral que surge de este contrato, el empleador solo requiere que el trabajador labore por un cierto tiempo, por las causas debidamente justificadas como prescribe su ley especial, por lo mismo este tipo de contratos debe ser por escrito, y de tal forma establecer las cláusulas de su regulación.

En un ejemplo, los trabajadores que laboran bajo este tipo de contratos sujetos a modalidad reciben los mismos beneficios que un trabajador que labora a plazo indeterminado. Así entre otro tipo de contratos a plazo determinado se encuentran en el régimen especial (CAS, Trabajadores de Construcción Civil y otros)

Ante un contrato del cual surge la obligación de prestar servicios remunerados, debemos presumir que estamos ante una relación jurídica de naturaleza laboral y por ende, la obligación del otorgamiento de determinados beneficios. En nuestro ordenamiento se presume, salvo

prueba en contrario, que en toda prestación de servicios remunerados y subordinados, existe un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.
(Castillo, y otros, 2010)

Siendo el principio de la primacía de la realidad tan relevante ante las instancias judiciales, en una relación laboral se debe evidenciar –presumir- la subordinación que ejerce el empleador en su trabajador y es este elemento muy importante para determinar esta relación, como ya se tiene expuesto y así otorgar al trabajador los derechos que le corresponden.

a. Características de contratos a plazo determinado. Entre las características principales de este tipo de contratos tenemos:

- Pueden ser celebrados en las empresas privadas y el Estado como empleador, siempre que se sujeten al régimen privado o especial, en algún caso solo exclusivo para el Estado, como por ejemplo, el Contrato Administrativo de Servicios.
- La temporalidad como característica determinante, ya que se establece de forma expresa el plazo de término de la relación laboral.
- Tiene regulación especial que prescribe la condición y el plazo de duración, bajo los cuales se suscriben estos contratos.
- Deben ser por escrito, para plasmar en un documento las condiciones del contrato, así como su temporalidad.
- Actualmente en razón al Decreto Legislativo 1246 se ha modificado el artículo 73 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, eliminándose la obligación de

presentar una copia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad a la Autoridad Administrativa de Trabajo, esta autoridad solo tendrá conocimiento de algún fraude debido a la denuncia que haga el trabajador cuando se produzca este hecho en contra de lo que prescribe la ley al suscribir estos contratos.

- Si hubieran renovaciones en el contrato se sujetarán a las mismas reglas por el contrato que dio origen.

b. Tipos de contratos a plazo determinado

Los contratos que se establecen a plazo determinado que haremos mención en este trabajo son los contratos modales y el contrato administrativo de servicios.

1.- CONTRATOS MODALES. Entre los contratos modales se han determinado en los artículos 53 al 71 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral – Decreto Legislativo N°728, y son los siguientes:

i. Contratos de naturaleza temporal

- **Contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad.** Este contrato se suscribe cuando el empleador inicia una nueva actividad o incluso la apertura de nuevos establecimientos. La duración de este contrato no puede ser más de tres años.

El artículo 57 del Decreto Legislativo N°728 indica “*se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el*

inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

- **Contrato por necesidades del mercado.** Cuando el empleador por eventos circunstanciales en las actividades laborales, requiere contratar personal para el desarrollo de las mismas. Las labores a desarrollar se determinan de forma genérica en el artículo 58 del Decreto Legislativo 728:

Se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el artículo 74 de la presente Ley. En los contratos temporales por necesidad de mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal. Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal o imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

- **Contrato por reconversión empresarial.** Julio Haro define a este contrato como “*Son aquellos que se celebran teniendo como causa la sustitución,*

ampliación o modificación de las actividades desarrolladas por la empresa”
(Haro, 2013)

La reconversión empresarial abarca conceptos diversos como se expresan en el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 728 “(...) *celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos, y procedimientos productivos y administrativos*” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

ii. Contratos de naturaleza accidental

- **Contrato ocasional.** Se suscribe cuando el empleador requiere personal solo para cubrir actividades transitorias.

Artículo 60 del Decreto Legislativo N°728 “*es aquel celebrado entre el empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo*” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

- **Contrato de suplencia.** Referido a un trabajador ingresa a laborar con el solo propósito de reemplazar al titular del cargo. Una circunstancia específica para este tipo de contratos nos explica que:

(...) se encuentran comprendidas las coberturas de puesto de trabajo estable, cuyo titular, por razones de orden administrativo, debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

La norma precisa que el titular debe desarrollar otras labores a las habituales en el mismo centro de trabajo de manera temporal; produciendo también (por defecto) la extinción del contrato de suplencia con la reincorporación al puesto de trabajo primigenio a su titular. (Jiménez, Quispe, Fernández, & Pérez, 2015)

Asimismo lo encontramos en el artículo 61 del Decreto Legislativo “(...) en tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia. En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

Es decir que en este contrato el suplente realizara labores de actividades permanentes dentro del centro de labor, sin embargo, no puede ser contratado a plazo indefinido porque ya existe un trabajador que ocupa ese cargo.

- **Contrato de emergencia.** Se requerirá cuando se suscite un caso fortuito o fuerza mayor que obligue al empleador a contratar trabajadores para regularizar las actividades que se desarrollan en el centro de labor. El plazo de duración será hasta que termine la emergencia y se llegue a una estabilidad en las actividades ordinarias de la empresa privada o institución pública.

iii. Contrato de obra o servicio

Entre estos contratos tenemos:

- **Contrato específico.** En el centro de labor se requiere contratar personal que realice actividades determinadas que tendrán un plazo para su término.

Cuando se realiza una obra o trabajo específico:

La generalidad de la disposición legal puede llevar a lecturas de gran tendencia expansiva, que bien pueden poner en cuestión el principio de preferencia de la contratación por tiempo indefinido en el marco de labores habituales o permanentes de las empresas. En primer lugar, no e indica el ámbito de operatividad del contrato de obra determinada y/o servicio específico. O bien pueden ser las actividades de necesidades empresariales transitorias o bien pueden ser las actividades permanentes” (Arce, 2006)

En este contrato debe aclararse necesariamente las razones para que se requiera contratar personal bajo esta modalidad debido a que mientras subsista el objeto del contrato los derechos del trabajador solo serán de tiempo determinado; siendo estos los contratos más concurridos en nuestro diario vivir.

El artículo 63 del Decreto Legislativo nos dice “(...) en este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

- **Contrato intermitente.** En este caso las labores son permanentes pero no son continuas en su desarrollo, y respecto de los beneficios sociales se le otorgarán al trabajador de acuerdo al tiempo que ha laborado.

Estos trabajadores tienen un beneficio referido a “Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación. Tal derecho puede consignarse en el contrato primigenio, el que operará automáticamente, sin necesidad de requerirse de nueva celebración o renovación del contrato” (Castillo, y otros, 2010)

En el Decreto Legislativo N°728, el artículo 64 expresa lo siguiente:

(...) son aquellos celebrados entre un empleador y trabajador para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanente pero discontinuas. Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación. (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

- **Contrato de temporada.** Propiamente el objeto de este contrato es para actividades que si bien son las que se desarrollan en el centro de labor de forma ordinaria, se producen para determinadas épocas del año, fechas en las cuales la producción debe ser mayor en comparación con los demás días, en los que la demanda no es abundante.

Una característica más que se agrega a este tipo de contratos a pesar de permanecer durante todo el año es la siguiente:

Se asimilan a este régimen los incrementos regulares y periódicos del nivel de actividad normal de la empresa o de la explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda de una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año. También se asimila al régimen legal del contrato de temporada a las actividades feriales. (Castillo, y otros, 2010)

En la ley de Productividad y Competitividad el artículo 67 nos dice “(...) es aquel celebrado entre un empresario y un trabajador con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen solo en determinadas épocas del año y están sujetas a repetirse en periodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

Mientras tanto en el Artículo 68, de la norma citada en el párrafo anterior expresa que “En los contratos de temporada necesariamente deberá constar por escrito lo siguiente: a) La duración de la temporada, b) La naturaleza de la actividad de la empresa establecimiento o explotación y, c) La naturaleza de las labores del trabajador” (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

Se permite la suscripción de otros tipos de contratos sujetos a modalidad que están regulados en los artículos del 80 al 82 del Decreto Legislativo N°728,

como los contratos para exportación no tradicional o los contratos en zonas francas.

Tabla N° 03. Contratos modales

Modalidad del Contrato	Duración máxima
Por inicio o incremento de actividad	3 años
Por necesidades de mercado	Puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo de 5 años
Por reconversión empresarial	2 años
Ocasional	6 meses al año
De suplencia	La que resulta necesaria según las circunstancias(Jurisprudencialmente se ha establecido un máximo de 8 años)
De emergencia	Lo que dure la emergencia
Para obra determinada o servicio específico	La que resulte necesaria para la conclusión de la obra o servicio
Intermitente	No tiene plazo de duración máxima
De temporada	Depende de la duración de la temporada. Puede contratarse todas las temporadas al mismo trabajador.
Duración máxima usando todas las modalidades	5 años

FUENTE: Compendio del Derecho Laboral Peruano. Ediciones Caballero Bustamante. 2010

La Ley de Fomento del Empleo⁷ ha sido separada en dos normativas a través del Decreto Legislativo N°855, los mismos que han sido denominados como Ley de Formación y Promoción Laboral y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es por ello que los contratos modales se regulan en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°

⁷ Ley de Fomento del Empleo – Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728 de fecha 08 de noviembre de 1991, modificada por la Ley 26513 de fecha 18 de julio de 1995 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N°001-96-TR de fecha 26 de enero de 1996.

728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por el Decreto Supremo N°003-97-TR. Es esta normativa en la que los legisladores promueven la contrata a plazo determinado de trabajadores que deben laborar en actividades propias de la empresa o entidad pública, tal es el caso del contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad o el contrato intermitente, ciertamente contratos en los que se requiere contratar a plazo indeterminado por que la naturaleza de la actividad así lo exige y terminan siendo reguladas dentro de los contratos temporales.

Pero la contratación temporal debe ser de acuerdo a la exigencia del régimen al que se pertenece, de esta forma podemos observar el concepto que nos brinda el artículo 53 del Decreto Legislativo N°728 *“Los contratos sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto en los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes”* (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

2.- CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Los contratos administrativos en general hasta la década de los 80 no han sido regulados con los mismos parámetros que un contrato común, ello debido a que la normativa jurídica no acopiaba un régimen único y especial para la contratación con el Estado. Las contrataciones eran de servicios no personales o de locación de

servicios, lo que no le otorgaban al trabajador derechos laborales por no encontrarse dentro de una relación puramente laboral. En junio del año 2008 entra en vigencia el Decreto Legislativo 1057 que es un Régimen Especial propio de trabajadores para el Estado, con la finalidad de generar esa relación laboral que otorga derechos a sus trabajadores, sujetos al Régimen del Decreto Legislativo N°276 , sin embargo tras su aplicación solo otorgaban escasos derechos como lo son en el ámbito del derecho a vacaciones remuneradas y el de seguridad social, ya posteriormente con las modificatorias a este Régimen, los trabajadores tendrán derechos más equiparables en una relación laboral.

El autor Leopoldo Gamarra expresa que: *“El concepto de contrato administrativo es en realidad de naturaleza instrumental y depende del interés general involucrado en la contratación en cuestión”*. (Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2010)

Este contrato solo se celebra entre un trabajador y el Estado, por ello tiene su propia normativa y reglamento especiales. Según el artículo 3 del Decreto Legislativo 1057 modificado por la Ley N°29849 (Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales) expresa:

El Contrato Administrativo de Servicios constituye una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la ley de bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras formas que regulan carreras administrativas especiales. El régimen

Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio.

(Contrato Administrativo de Servicios, 2008)

La constante desprotección a los trabajadores que laboraban bajo los contratos de servicios no personales, no les permitían el goce de derechos laborales, es por ello que con fundamento del interés general de aproximadamente 81 mil trabajadores antes de la dación de este régimen, se ha aprobado el mismo, sin embargo su efectividad como tal, actualmente no es de protección a los trabajadores, porque se puede contratar a un trabajador de manera intensiva pero con la atingencia de que esta norma jurídica es transitoria, esto último significa que el uso de este contrato solo es vigente hasta la implementación de la Ley del Servicio Civil, que tiene por finalidad su completa eliminación, solo que hasta el momento no se conoce cuando se dejará se usar este contrato.

i. **Características del contrato administrativo de servicios.** Entre las características del contrato administrativo de servicios se tienen los siguientes:

- La naturaleza jurídica es instrumental y de interés general, es decir otorgar protección a trabajadores que prestaban servicios no personales sin derechos laborales.
- Su propósito es que la Administración Pública haga uso de este contrato por necesidades públicas.
- Es celebrado a plazo determinado, su duración se debe establecer sin embargo puede ser renovable.

- Se celebra en las instituciones del Estado y bajo el Decreto Legislativo N°1057 (de forma transitoria) y la Ley N°29849 - Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales.
- No está sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa ni al Régimen Privado.
- El Estado tiene facultad para trasladar la condición de un trabajador que presta un servicio no personal a este Régimen especial.

La norma jurídica que rige al contrato administrativo de servicios, como ya se mencionó, es el Decreto Legislativo 1057 publicado el 28 de junio del 2008, su Reglamento que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, Decreto Supremo N° 075-2008-PCM y la Ley N°29849 que modifica este régimen.

La contratación administrativa de servicios ha sido incorporada en nuestra legislación solo para ser aplicada en la Administración Pública. Actualmente se pretende eliminar progresivamente la aplicación de esta ley a través de la ley N°29849 vigente desde abril del 2012, por lo que expresamente el objeto de la ley dice:

La presente Ley tiene por objeto establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057, en adelante Régimen Laboral Especial del

Decreto Legislativo 1057. La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley. (Contrato Administrativo de Servicios, 2008)

Esta contratación se hace por concurso público ya que la plaza a la que se convoque a concurso debe estar presupuestada, a pesar de ello no se puede ingresar a la carrera administrativa, el contenido de este contrato está prescrito en el artículo 6 de la norma jurídica que lo regula, Decreto Legislativo 1057, que también ha sido modificada por la Ley °29849 - Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales. En este decreto legislativo podemos verificar como es el funcionamiento de este contrato⁸, es decir cuáles son los derechos de un trabajador

⁸ Decreto Legislativo N°1057. Artículo 6.- Contenido

El Contrato Administrativo de Servicios otorga al trabajador los siguientes derechos:

- a) Percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.*
- b) Jornada máxima de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. Cuando labore en una entidad en la que existe una jornada de trabajo reducida establecida para los trabajadores sujetos a los regímenes laborales generales, le será aplicable tal jornada especial.*
- c) Descanso semanal obligatorio de veinticuatro (24) horas consecutivas como mínimo.*
- d) Un tiempo de refrigerio, que no forma parte de la jornada de trabajo.*
- e) Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a los montos establecidos en las leyes anuales de presupuesto del sector público.*
- f) Vacaciones remuneradas de treinta (30) días naturales.*
- g) Licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales.*
- h) Gozar de los derechos a que hace referencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.*
- i) A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias.*
- j) A afiliarse a un régimen de pensiones, pudiendo elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, y cuando corresponda, afiliarse al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.*
- k) Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. La contribución para la afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.*

que labora bajo este régimen, que a la fecha tras su modificatoria recibe muchos más derechos en comparación con la norma jurídica original, pero aún mantiene su naturaleza de contrato a plazo determinado lo que sigue siendo una causa de vulneración a la estabilidad laboral de los trabajadores.

ii. Procedimiento de contratación

El procedimiento para contratar al personal que laborará bajo este régimen especial tiene las siguientes etapas, que las mencionaremos de forma genérica:

- **Preparatoria.** En esta primera etapa, la entidad pública requiere que la plaza está presupuestada de acuerdo a la actividad que se necesite.

- **Convocatoria.** Se publica la convocatoria con las bases del concurso, es decir las especificidades de la plaza como los requisitos para obtener el cargo, la duración del contrato, la remuneración, el lugar de desempeño, y otras condiciones.

Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico o licencia pre y post natal, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador.

l) Recibir al término del contrato un certificado de trabajo.

Los derechos reconocidos en el presente artículo se financian con cargo al presupuesto institucional de cada entidad o pliego institucional, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

- **Selección.** Es una etapa filtro, en la que se hacen las evaluaciones tanto curricular como la entrevista a los postulantes, se califica si el postulante cumple con los requisitos establecidos en la convocatoria para seleccionar a los aptos bajo el criterios de mérito. De otro lado en la evaluación que se hace la entrevista se calificar aptitudes y actitudes del postulante, es decir se conoce la personalidad de los postulantes para elegir al postulante con mejor perfil para el cargo. Al finalizar esta etapa se publican el o los ganadores del concurso público.

- **Suscripción y registro de contrato.** El contrato se firma con todas las cláusulas que regula este régimen, además que debe firmarse dentro de los cinco días de publicados lo resultados.

Leopoldo Gamarra aclara que *“Las controversias en materia de contratación administrativa se resuelven de distinta manera según la etapa en la cual nos encontremos. En la etapa del proceso de selección la vía es la administrativa, y posteriormente, el contencioso administrativo. Sin embargo, durante la ejecución contractual, la vía es la conciliación -que cada vez es menos común- y el arbitraje”*. (Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2010)

El Tribunal Constitucional ha establecido distintos criterios respecto de la regulación del Contrato Administrativo de servicios (CAS) en el Expediente N°0002-2010-AI/TC. Entre las más importantes consideraciones tenemos la discusión sobre si este tipo de contratación es inconstitucional, pues el Tribunal

Constitucional ha establecido al CAS, como un régimen especial que se aplica en el sector público y no contraviene la constitución vigente.

Otro punto importante es que ha determinado a este contrato como uno de naturaleza independiente con normativa propia para regularlo. Y por último en este contrato se reconocen los derechos laborales a la jornada laboral y descanso semanal y en cuanto a los días de vacaciones no contraviene a la Constitución puesto que la carta fundamental no es específica al número de días de vacaciones, no es el caso de los derechos de sindicalización y huelga que se quedan en un vacío normativo.

Este contrato tiene una duración determinada sin embargo puede ser renovado indefinidamente siempre que no exceda del año fiscal. Se puede extinguir la relación laboral por las causales establecidas en el artículo 10° de la ley N°29849⁹, norma que modifica el Decreto Legislativo N°1057.

⁹ *El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:*

a) Fallecimiento.

b) Extinción de la entidad contratante.

c) Renuncia. En este caso, el trabajador debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad, por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.

d) Mutuo disenso.

e) Invalidez absoluta permanente sobreviniente.

f) Resolución arbitraria o injustificada.

g) Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.

h) Vencimiento del plazo del contrato.

La resolución arbitraria o injustificada del Contrato Administrativo de Servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (3). El período de prueba es de tres (3) meses.

En otro análisis del Tribunal Constitucional (Expediente N° 876-2012-PA/TC) se ha establecido que el hecho de presumir la prórroga del Contrato Administrativo de Servicios de manera automática tras el término del plazo del contrato, no estaría protegiendo los derechos del trabajador que labora bajo este Régimen, además que si se diera este caso, se aplicaría el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Legislativo N°728) “*En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)*”. (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997)

En concordancia con el principio pro operario, toda vez que se aplicará la norma en favor del trabajador. Asimismo esta teoría para resolver esta casuística se ha uniformizado en el segundo pleno jurisdiccional supremo laboral en el año 2014, en la que ante cualquier duda sobre la condición de un trabajador se presumirá que existe una relación laboral, puesto que expresamente se ha dado el acuerdo plenario siguiente:

Si el trabajador inicia sus servicios suscribiendo un contrato administrativo de servicios pero continua prestando los mismos sin suscribir nuevo contrato CAS, no existe invalidez en los contratos administrativos de servicios suscritos; sin embargo esta circunstancia no origina la prórroga automática del contrato CAS y se entiende que la relación laboral fue o es, según sea el caso una de naturaleza indeterminada. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2014)

Cabe aclarar sobre la Ley del Servicio Civil tiene por objeto *“Establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas”* (Ley del Servicio Civil, 2013)

La primera Sala Laboral Permanente de Huancayo se ha pronunciado en julio del 2019 respecto de la Contratación Administrativa de Servicios en el Expediente N°01349-2018, antes de pasar a sus fundamentos contextualizaremos los hechos. El ex trabajador demandante pretende la declaratoria de invalidez de los contratos administrativos de servicios que ha suscrito con el Ministerio Público en Junín, en razón a los múltiples contratos dentro de este Régimen que han suscrito las partes. Esta Sala ha considerado en primer lugar el respeto de la dignidad de la persona debe estar por encima de la condición de la persona, esto es, ya sea como trabajador y bajo el contrato al que este sujeto, tal como se muestra en el considerando 1.4, que dice:

“La dignidad del trabajador en tanto sujeto de trabajo, impide considerarlo como una simple mercancía u objeto de trabajo, o como un elemento impersonal de la organización productiva, reconociendo el ordenamiento jurídico un mínimo inalienable (invulnerable) a favor de la dignidad del trabajador, que bien puede resumirse en la idea del trabajo decente, esto es, que el trabajador ejerza sus labores con pleno respeto de sus derechos fundamentales”. (Invalidez del Contrato Administrativo de Servicios, 2019)

Asimismo se ha pronunciado sobre el principio de progresividad y de prohibición de regresividad, lo que significa que la protección de derechos laborales cada vez debe ser más beneficiosa para los trabajadores y de no regresar a una regulación que proteja menos derechos y recorte el disfrute de los mismos. Además de reflexionar sobre que *“luego de varios años de utilización, no parece que este sistema de contratación responda actualmente al objetivo de forjar una administración pública eficiente, basada en la meritocracia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos.”* (Invalidez del Contrato Administrativo de Servicios, 2019)

Este régimen ha sido implementado en nuestra legislación interna como uno de transitoriedad, ya que para el momento en el que entro en vigencia el Estado pretendía proteger a sus trabajadores, esta consigna no se ha superado del todo, ello debido a que actualmente muchos de los trabajadores no alcanzan estabilidad laboral indefinida por estar sujetos a este tipo de contratos que a más de haberse declarado como constitucionales, el Estado puede hacer uso de estos casi sin limitación dejando a muchas personas en la incertidumbre de temporalidad y no formar parte de la carrera administrativa. Si bien como ya se conoce el Tribunal Constitucional considera su uso como permitido, sin embargo es interesante como esta Sala ha motivado su decisión, es decir, a pesar de que el demandante ha laborado bajo este régimen por 10 años y ser completamente legal su contratación, ello no lo limita a tener una condición de trabajador que labora a plazo indeterminado, en razón a que habiendo transcurrido ya 10 años, no hay necesidad de un concurso público de méritos, en vista de que son los méritos obtenidos los que le han permitido seguir renovando su contrato. Otro considerando es el siguiente:

“(…) como hecho determinante para la dilucidación de la causa, se tiene que el demandante tiene vínculo laboral ininterrumpido bajo el RECAS por más de 10 años, tiempo prolongado que –a consideración de este colegiado– colisiona con el carácter “transitorio” que el Decreto Legislativo N° 1057 establece. Este hecho, no permite que el demandante tenga un trabajo digno, pues se le crea inestabilidad económica, emocional y laboral, al condicionarle la continuidad laboral a la suscripción de contratos por un tiempo excesivamente prolongado, impidiendo su desarrollo personal en su entorno familiar, social y laboral”. (Invalidez del Contrato Administrativo de Servicios, 2019)

4.3.2.6. DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Cuando se desnaturaliza un contrato, significa que se prefiere la operatividad del principio de la primacía de la realidad sobre el contrato suscrito entre el empleador y su trabajador, debido a que se verifica en la realidad la prestación personal que realiza el trabajador, otro aspecto verificable es la subordinación que el empleador ejerce sobre su trabajador, lo que debe constatar que efectivamente existe una relación laboral a plazo indeterminado.

- i. Causas de desnaturalización de contratos.** La ley de productividad y competitividad laboral, Decreto Legislativo N°728 aprobado por el Decreto Supremo N°003-93-TR publicado el 27-03-97 establece en su artículo 77, las causales de desnaturalización de contratos: a. *Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado o después de las*

prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido; b. Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continua prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia del contrato, sin haberse operado renovación; c. Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando; y d. Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (...)” (Invalidez del Contrato Administrativo de Servicios, 2019)

Se hace mención a las causales de desnaturalización de contratos para la verificación de la realidad que se ha descrito en el Capítulo I, sobre Descripción del Problema, en razón a que si bien estas causales han sido consideradas en la ley que las regula, queremos resaltar primero, el hecho de que se han incrementado las demandas con la pretensión de desnaturalización, cifras que podrían disminuir si el Estado a través de sus instituciones públicas sería estricto al momento de la contratación de sus empleados. Y segundo, el énfasis de mencionar estas salidas legales que un trabajador tiene para que se le declare judicialmente como un trabajador bajo un contrato a plazo determinado es que aparte de incrementar la carga procesal del órgano jurisdiccional, es que el trabajador no va obtener su reposición o continuidad en su puesto de trabajo (al finalizar su contrato), si es que no cumple con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional en el caso Huatuco Huatuco¹⁰, y de acuerdo al estudio de este trabajo de investigación,

¹⁰ Precedente Vinculante, caso Huatuco Huatuco (Exp. 05057-2013-PA/TC) Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes cuando se verifique que un demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.

la estabilidad laboral en el puesto de trabajo no es comparable con una indemnización tal como se ha establecido en este precedente vinculante, porque las consecuencias a nivel personal, económico y social de un trabajador en esta situación de despido y a pesar de tener una sentencia fundada y ordenando el pago de una indemnización después de la conclusión de un proceso judicial (muchas veces lato y con costos a cargo del demandante -desempleado- dentro del proceso), siempre serán perjudiciales para este. En ese sentido estas causales de desnaturalización de contratos, no satisfacen la protección que se le debe garantizar al trabajador.

Para reforzar esta idea del uso de estas causales, podemos hacer mención al Expediente N°20602-2016 de fecha 02 de julio de 2019 en el considerando décimo séptimo, se cita a Wilfredo Sanguinetti y Elmer Arce para expresar que:

“La propia doctrina laboralista sostiene que el principio de causalidad de la contratación temporal no es más que una manifestación de un principio de mayor alcance, como es el de estabilidad en el empleo, pues su finalidad siempre ha sido concretar en forma efectiva que el vínculo laboral continúe permanentemente, siempre que el trabajador pueda cumplir adecuadamente con sus obligaciones laborales y no se encuentre sujeto a una falta grave que pueda acarrear un despido justificado” (Aspectos esenciales del Derecho al Trabajo, 2019)

En el expediente N°1874-2002-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido:

“El régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser

garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado. Dentro de estos contratos, a los que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728 denomina Contratos de Trabajo Sujetos a Modalidad, se encuentra el llamado contrato temporal y el accidental-ocasional. (...) la ley establece plazos máximos de duración, así como la exigencia de que las causas objetivas determinantes de la contratación consten por escrito”. (Proceso de Amparo, 2003)

La Jurisprudencia en repetidas sentencias (conforme se cita en este trabajo de investigación) ha ratificado la naturaleza de los contratos modales y ha explicado en cada casuística el uso apropiado y excepcional según el tipo de contrato, haciendo hincapié en su temporalidad y es justamente este motivo por el cual estos contratos no se extienden indefinidamente, pues la actividad para la que han sido creados por la norma jurídica es por una necesidad breve dentro del régimen privado ya sea para el sector privado y mucho más para el sector público, en vista de los objetivos que cumple cada institución pública, pues los usuarios deben satisfacer sus necesidades con los servicios que brinda el Estado, son actividades

permanentes que requieren necesariamente de trabajadores que laboren bajo contratos a plazo indefinido. De modo tal que en la doctrina también expone la necesidad de limitar la contratación temporal, y como regla general preferir la contratación permanente.

ii. Consecuencias de la desnaturalización de contratos

Entre las consecuencias que se producirían al desnaturalizarse contratos tenemos:

- Cuando se desnaturaliza los contratos significa que los contratos suscritos en realidad crean una relación laboral, con la aclaración que en el sector público se deben tener en cuenta requisitos previos a declararse una relación laboral indefinida.
- Se puede pagar una indemnización en favor del trabajador que labora en el sector público, en caso de que el trabajador haya iniciado un proceso judicial por encontrarse en las causales de desnaturalización de contratos.

En el expediente N°0016-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la primacía de la realidad:

En relación al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y concretamente impuesto por la naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, ha precisado en la STC

N°1944-2002-AA/TC, que “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Proceso de Amparo, 2010)

Uno de los principios rectores para la protección en la contratación laboral, consideramos que es el principio de primacía de la realidad, que se comprende como un mecanismo para poner en evidencia que fuera de la formalidad que tenga un contrato se prefiera cómo se comportan las partes del contrato al surtir sus efectos, esto es verificar los hechos, porque se debe tener en cuenta que los empleadores pueden celebrar contratos de cierta naturaleza cuando en verdad su propósito es tener a un trabajador bajo la subordinación y prestando servicios personales (características propias de un contrato laboral). Este principio debe velar por el cumplimiento tanto de la formalidad como lo que sucede en la realidad, y según el estudio que estamos realizando muchas de las instituciones públicas tienen laborando a sus trabajadores bajo contratos que posteriormente serán causal de desnaturalización de contratos.

Para fundamentar lo antes expuesto tenemos al Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo que ha publicado en su Anuario Estadístico Sectorial 2018¹¹ en el rubro de Trabajadores del Sector Público por meses, que los trabajadores que han suscrito su contrato bajo el Decreto Legislativo N°728 así como el Decreto Legislativo N°1057 se han ido incrementando en relación a los trabajadores que laboran bajo un contrato a plazo determinado, las cifras de estos últimos trabajadores, no se

¹¹ Anuario Estadístico Sectorial 2018, elaborado por la Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, editado en mayo 2019, pág. 165. Cuadro N°91

mantiene o incrementa, sino todo lo contrario, disminuye, a pesar de no ser la indebida contratación de contratos a plazo determinado como factor para determinar estas cifras, nuestro trabajo de investigación a través del análisis doctrinal y jurisprudencial demuestra que la estabilidad laboral que ofrece un contrato a plazo indefinido se está debilitando ante lo que sería una contratación excepcional como lo es con los contratos a plazo determinado (contratos modales y contratos administrativos de servicios).

4.3.2.7. COMPARACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON OTRAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

Tabla N°04

	CONTRATO DE TRABAJO	CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS
1	Normado por Legislación laboral y Convenios Internacionales de la OIT.	Normado por el Código Civil.
2	Puede ser en la generalidad de los casos de duración indeterminada o puede ser de plazo fijo.	Los contratos de locación de servicio siempre serán a plazo determinado.
3	La prestación del servicio debe realizarse estrictamente de manera personal y no puede ser delgado en otra persona.	En los contratos de locación de servicios se acepta que el locador bajo su propia supervisión y responsabilidad, se puede valer de auxiliares y sustitutos.
4	Se nota claramente la subordinación o dependencia, es decir la autoridad del empleador o su representante para dar órdenes y supervisar las tareas directamente y hasta aplicar sanciones disciplinarias.	En el caso de locación de servicios no se dan estas características ya que el locador no se encuentra subordinado al comitente.

5	La contraprestación se denomina remuneración afecta a derechos y obligaciones y es de naturaleza periódica y de tracto sucesivo y debe ser pagada a través de planillas y boletas.	En cambio la contraprestación en la locación de servicios se denomina retribución sujeto a obligaciones de carácter civil. Su pago se realiza a través de factura o recibos por honorarios profesionales.
6	El empleador está obligado al trabajador y a otras entidades públicas y privadas tasas sobre remuneraciones pagadas al trabajador llamadas sobre costos laborales que superan el 60%.	En cambio el comitente no está obligado a pagar montos diferentes a las retribuciones que paga al locador.

FUENTE: Haro, Julio. Derecho Individual del Trabajo (2013)

4.3.3. TRATAMIENTO JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DENTRO DEL ÁMBITO INTERNACIONAL

4.3.3.1. TRATAMIENTO A NIVEL INTERNACIONAL

A través del desarrollo de las distintas épocas, la comunidad internacional ha tenido gran incidencia en los Estados para proteger los derechos fundamentales de la persona, siendo de este modo, el derecho a los trabajadores está inmerso en los diferentes instrumentos internacionales, como veremos a continuación:

a. Declaración Universal de Derechos Humanos. La protección a nivel internacional que le otorga al trabajador¹² se encuentra en el artículo 23, que expresa lo siguiente:

Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo; 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

Agregado a ello está el artículo 1° del mismo cuerpo normativo “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948). De modo tal que este artículo se relaciona de manera genérica con el derecho del trabajador a tener estabilidad laboral cuando corresponde su labor y la suscripción de contrato a plazo indeterminado se lo otorga; claramente para que se de este supuesto el empleador debe contratar a sus trabajadores bajo los contratos de acuerdo a la labor a desarrollar.

b. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales¹³. Establece las condiciones equitativas y satisfactorias para los trabajadores, y las condiciones

¹² Aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, la misma que ha sido aprobada por resolución legislativa 13282 del 24 de diciembre de 1959 en el Perú.

¹³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966, entrando en vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con

básicas para su desempeño, las que dependen de los derechos civiles y políticos y es el Estado el que debe velar por el cumplimiento de estos derechos bajo la regulación normativa interna, y fomentar el empleo, así como la capacitación y orientación de los trabajadores ya sea en un institución pública o privada.

Todo ello significa que cada Estado parte debe organizar y sistematizar su legislación interna en base a los parámetros que requiera su realidad social, en este caso a los trabajadores, promoviendo un enfoque de oportunidades en las mismas condiciones de acuerdo a su posición laboral, así como capacitarlos para que puedan ser competitivos, ello no solo dentro de las instituciones públicas sino también en las privadas.

c. Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴. En su artículo 26° expresa:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

el artículo 27 del mismo cuerpo normativo. aprobado en nuestro país por decreto ley 22129 del 11 de julio de 1978 y por la Constitución Política de 1979.

¹⁴ Denominada también Pacto de San José de Costa Rica que fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica aprobada en Perú mediante Decreto Ley 22231 y publicada el 11 de julio de 1978 y ratificada por nuestro país en el año 1981 por la Asamblea Constituyente.

Podemos referirnos en este caso a las políticas que cada Estado parte debe establecer así como guiar sus leyes en base a estas para que de manera progresiva se haga efectiva la protección, en este caso a la empleabilidad como parte de un aspecto social y económico, pero como ya hemos revisado las leyes están vigentes pero su efectividad no se refleja en la realidad, pues se prescribe que se debe preferir una contratación con plazo indeterminado cuando actualmente los contratos a plazo determinado son los que se usan intensivamente.

d. Protocolo de San Salvador¹⁵. Es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, por medio del cual se protege la estabilidad del trabajador en su artículo 7 sobre las Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo, que prescribe: “Art. 7 *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*” (Protocolo de San Salvador, 2007)

Este artículo refuerza la idea bajo la que se debe contratar, de acuerdo a la actividad que se desarrolla dentro del centro de labor, lo que no está delimitado dentro del

¹⁵ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, aprobada en fecha 5 de junio de 2007 en la cuarta sesión plenaria.

sector público, pues la plaza a la que se convoca a pesar de sus características será convocada para suscribir un contrato a plazo determinado.

e. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Ha sido adoptada en 1998 para lo cual se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Que todos los Estados Miembros de la OIT se habían comprometido a aceptar los principios y derechos que habían ido proclamándose en los convenios internacionales reconocidos como fundamentales. (Organización Internacional del Trabajo, s.f.)
- Que todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tenían el deber de respetar, promover, y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales (Organización Internacional del Trabajo, s.f.)

Esta Declaración a pesar de no ser vinculante para los países, tiene una fuerza moral para que en los Estados se protejan los derechos laborales a través de la legislación interna en cada Estado, y ciertamente se tuvo la idea de supervisar de alguna manera el cumplimiento de estos principios para lo cual, los Estados debían realizar memorias anuales.

“La Organización Internacional del Trabajo (OIT) está consagrada a la promoción de la justicia social, de los derechos humanos y laborales

reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente¹⁶” (OIT, 2018)

La OIT está integrada por los representantes de los Estados parte, así como los trabajadores y empleadores, esta funciona a nivel de una Asamblea General, Consejo Ejecutivo y una Secretaria Personal.

Julio Haro expone que: *“La Organización internacional del Trabajo-OIT es el primer organismo especializado en las Naciones Unidas en el cual han recaído las responsabilidades en las cuestiones sociales y laborales del hemisferio. Está integrada por los representantes de los gobiernos, de las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de todos los Estados miembros, y sus decisiones y recomendaciones se realizan de una forma tripartita”* (Haro, 2013)

Según la información proporcionada en la página web de la OIT, el Perú es miembro de la OIT desde el año 1919. El país ha ratificado 74 convenios, de los cuales 67 actualmente están en vigencia y dentro de estos 8 son convenios fundamentales. Así como los demás países andinos han sido un ejemplo respecto a los tratados ratificados para la defensa y protección de los derechos fundamentales, de otro lado se debe tener en cuenta que no solo basta tener las leyes que protejan ciertos derechos, sino que estos sean efectivos respecto de su aplicación, que cumplan los objetivos para los que fueron emitidos.

¹⁶ <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

“La OIT trabaja con las organizaciones de trabajadores y empleadores para que enriquezcan sus conocimientos sobre legislación nacional y normas internacionales. En este sentido, ofrece asistencia técnica a las centrales sindicales para la formación de sus cuadros y para afianzar su participación en el control normativo, a fin de alcanzar el cumplimiento de los derechos que les son reconocidos nacional e internacionalmente”. (OIT, 2018)

A través de los lineamientos establecidos por esta Organización, se puede fundamentar la idea de cómo se regulan los principios y la normativa jurídica respecto a la empleabilidad dentro de un Estado conjuntamente con los derechos fundamentales de la persona como tal para su desenvolvimiento en sociedad y reforzar su protección.

Pues bien, hemos realizado un repaso sucinto de los mecanismos internacionales que protegen los derechos laborales y en específico la estabilidad laboral de entrada en los contratos de trabajo, es por ello que para un mayor análisis también desarrollamos algunos alcances acerca del control de convencionalidad y posteriormente analizar su incidencia cuando existe una indebida contratación a plazo determinado dentro del sector público.

f. Carta Iberoamericana de la Función Pública¹⁷. Este es un instrumento internacional que tiene como objetivo la profesionalización de la función pública, es decir que los trabajadores para la administración pública deben guardar ciertas características en común como por ejemplo esta vocación de

¹⁷ Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra en Bolivia en fecha 27 de noviembre de 2003.

prestar un servicio, sus capacidades acorde con la función que realizan, el mérito desde su ingreso a laborar así como la práctica de valores esenciales para su desempeño, es esta combinación de virtudes, capacidades y actitudes la que proveen de crecimiento gubernamental. Entre los principios que reconoce esta carta está el de igualdad de todos los ciudadanos sin discriminación. Es importante considerar los requerimiento funcionales de la función pública del capítulo cuarto de la Carta Iberoamericana:

“Para garantizar la calidad de la planificación de recursos humanos resultará imprescindible disponer de sistemas de información sobre el personal capaces de permitir un conocimiento real y actualizado de las disponibilidades cuantitativas y cualitativas de recursos humanos, existentes y previsibles en el futuro, agregadas por diferentes sectores, unidades, ámbitos organizativos, cualificaciones, franjas de edad y cualesquiera otras agrupaciones necesarias para la adecuada gestión del capital humano” (Carta Iberoamericana de la función pública, 2003)

En nuestro país la constante necesidad en el mejoramiento del servicio civil dentro de la administración pública se intensifica cuando aún los cambios desde la atención a los usuarios, procedimientos tediosos y muchas veces complejos hasta el cumplimiento de la emisión de actos administrativos no reflejan los estándares adecuados para brindar los servicios en cada Entidad. Este hecho inicia desde la organización de la misma entidad así como en su funcionamiento ya que las políticas para lograr estándares óptimos significa mantener metas y objetivos a corto, a mediano y a largo plazo, inmutables, basados en el progreso

de esta, y no como una variable en el devenir de cada gobierno temporal que ingresa a la administración pública. Tenemos entonces la siguiente afirmación *“Los servidores públicos son aquellos que ingresan por concurso público y que, por tanto, adquieren un conjunto de beneficios laborales, entre ellos, el de la relativa estabilidad laboral en el sector público, mientras que los funcionarios designados en cargos de confianza no adquieren ningún tipo de beneficios a la conclusión de su relación laboral, más allá del pago de sus remuneraciones ordinarias”* (Terry, Nuñez, & Aranibar, 2017). Como lo hemos mencionado cuando hay un cambio de autoridades, muchos trabajadores buscan obtener beneficios sociales a través de la contratación laboral a plazo indefinido, por esta razón es imprescindible la designación de la cantidad de trabajadores necesarios que ingresarán a laborar a los distintos regímenes del sector público.

La efectividad en la ejecución del acceso al empleo público está definido por la protección de la imparcialidad en la selección de trabajadores de acuerdo al cumplimiento de los requisitos exigidos para cada puesto, y que cada uno de estos se acredite, por otro lado debe prevalecer la independencia en la contratación sobre poderes políticos, los cuales pueden afectar formalmente el cuadro de asignación de personal y materialmente, la indiscriminada contratación de personal.

4.3.3.2. DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A lo largo de este estudio veremos cómo funciona y cuál es el análisis del Control de Convencionalidad dentro de la legislación interna de cada Estado y su funcionamiento

dentro de la contratación laboral a plazo determinado; sin embargo previo a ello realizaremos un recorrido histórico breve acerca de su desarrollo.

Podemos afirmar entonces que este control tiene sus inicios en Francia, tras la emisión de una sentencia realizando esta comparación entre la legislación interna y el Derecho Comunitario. Para esa época la discusión versaba acerca de la prevalencia de normas internacionales sobre la base jurídica interna del Estado, haciendo énfasis en que para el año 1989 este Control de Convencionalidad fue incrustado, pero ha tenido mayor relevancia en los últimos años, por lo que el Consejo de Estado se ha adicionado a la posición de la prevalencia del Derecho Internacional sobre el Derecho interno del país.

El autor citando a Díez nos indica que *“Es bien conocido que el CCV realizado por los jueces ordinarios ha tenido una gran importancia para hacer efectivo el principio de primacía del derecho comunitario, pero igualmente importante, aunque menos conocido, es que ha dado lugar a una fiscalización de las leyes con respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”* (Colección *JUS Público* , 2016)

Muchas veces se ha visto que la aplicación de las leyes internas puede ser en perjuicio de los derechos de las personas contraviniendo los derechos que son reconocidos por instrumentos internacionales toda vez que la colisión de estas ha dado lugar a la reflexión de la jurisprudencia y la doctrina a determinar la importancia de esta convalidación de dispositivos legales ante un panorama de reconocimiento mundial de derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene expresiones que pueden resumir la forma de trabajo para aplicar la norma internacional como preferencial de la legislación interna, tal como *“las órdenes dictadas por la Corte IDH dan cuenta de la utilización de*

las siguientes expresiones: (i) adecuar el ordenamiento jurídico interno, (ii) reformar, (iii) abstenerse de aplicar, (iv) crear un mecanismo, (v) derogar una norma, (vi) modificar, (vii) adoptar medidas legislativas, (viii) establecer, (ix) implementar, (x) completar la adecuación de su derecho interno, (xi) adoptar políticas públicas y (xii) tipificar un delito.” (Colección JUS Público , 2016)

En principio tenemos que la legislación interna merece atención respecto del marco normativo que engloban los instrumentos internacionales, cuyo fundamento de protección hace pensar que para la aplicación de leyes dentro de nuestro país esta debe ser concordante a nivel internacional también, en segundo lugar tenemos el aspecto de reforma, que se presenta en caso de que exista una colisión de la norma interna con la internacional toda vez que esta primera debe adecuarse a la segunda aunque ello incluya un reforma literal de la norma interna. también tenemos la de abstenerse de aplicar la norma que ha sido invalidada ante el fuero supranacional para no aplicarla de tal manera que el país con esta situación tendrá la responsabilidad y último caso de derogar las leyes vigentes que afecten derechos humanos. Consecuentemente tenemos el hecho de crear un mecanismo de protección que regule conductas de acuerdo a lo establecido por el ámbito internacional que por lo general es la creación de nuevas leyes, conjuntamente con ello seguirán las ordenes de la derogación de normas, modificar, adoptar medidas legislativas, establecer, implementación, completar la adecuación de su derecho interno,, como ya lo habíamos mencionado es necesario en caso vacíos legales o colisión de normas, pues son las leyes internas las que deben ser dictadas dentro del marco internacional, adoptar políticas públicas que seguramente tendrán que ser políticas de Estado y no solo del gobierno de turno y por último nos presenta la orden de tipificar un delito en caso se trate de un vacío legal en el ámbito del Derecho Penal.

Este mecanismo ha sido instaurado en Latinoamérica con el caso *Almonacid Arellano vs Chile*¹⁸, en la que los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecen que si bien los jueces de un Estado se guían por su legislación interna este momento también es oportuno para pasar por el filtro del ámbito internacional en cuanto a proteger derechos y la verificación de la vulneración de alguno de estos.

4.3.3.3. DEFINICIONES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El Control de Convencionalidad ha ingresado con mayor fuerza normativa en nuestro país en los últimos tiempos, puesto que se le ha dado mayor prevalencia frente a las leyes internas que podrían afectar algún derecho, es así que en la doctrina se ha definido de diversas formas el Control de Convencionalidad, como veremos a continuación, cuando el autor Heiner Rivera nos dice que:

“El control de convencionalidad es un mecanismo por el cual los jueces verifican la no compatibilidad de la normativa del derecho interno con los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos y en caso de conflicto se opte por la aplicación de la legislación supranacional, puede realizarla tanto

¹⁸ Sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 26-09-06, que refiere en el considerando 124°. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, 2006)

los jueces de la república, como la corte interamericana de derechos humanos, sea por Control difuso, sea por control concentrado” (Rivera, 2017)

Al ser definido como un dispositivo que se usa en la verificación de compatibilidad entre las normas internas e internacionales, la responsabilidad recae en los jueces que pueden ser los que administran justicia dentro de la soberanía de cada Estado o los jueces del ámbito internacional, tal es así que la labor de los jueces al aplicar este dispositivo es de un análisis concienzudo para fundamentar las sentencias que emiten, motivación que expondrán en torno a los instrumentos internacionales que han sido ratificados por el Estado.

Otra definición nos la refiere Natalia Torres citando a Ricardo Guastini y lo define así *“El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la CADH y los dispositivos legales de origen nacional –se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional del juez” (Torres, 2012)*

Para Ricardo Guastini de la misma manera se debe comparar la norma interna con las de carácter internacional y realizar una interpretación de modo tal que se logre una sentencia garantizando que cumpla la verdadera exégesis de protección a la persona. Por otro lado el autor Humberto Nogueira nos da un alcance acerca de la finalidad del Control de Convencionalidad, será entonces la de:

“Determinar la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o de los agentes de un Estado Parte a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte, como obligación de resultado, modificar suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a

las atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarias del sistema, para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado parte” (Nogueira, 2012)

Es importante mencionar ante la finalidad que cumple el Control de Convencionalidad que los Estados parte que hayan ratificado los instrumentos internacionales, es decir los que están adheridos ante una justicia aplicada de manera supranacional, tienen el deber de respetar la decisión que se tome en base a los preceptos establecidos por los mismos dentro de su legislación interna, ello hace posible que el Estado parte tenga a bien cumplir con la decisión de jueces de esta naturaleza y como bien se indica en la Convención Americana de Derechos Humanos no se puede alegar la normativa jurídica interna para no cumplir con esta responsabilidad.

4.3.3.4. MODALIDADES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Existen dos modalidades del control de convencionalidad, entonces señalamos los siguientes:

- a. Control de Convencionalidad Concentrado.** Este Control de Convencionalidad recae en el órgano jurisdiccional internacional de Derechos Humanos, este órgano es el encargado de la verificación de que exista una correlación entre la legislación interna de un Estado y las normas internacionales. De esta manera al emitir su pronunciación el Estado parte responderá o no por la vulneración de un derecho.

De hecho aquí cabe hacer una aclaración, cuando Luis Miguel Gutiérrez nos menciona que *“Es necesario aclarar que el control concentrado de convencionalidad no se plantea con la finalidad de resolver conflictos normativos que pudieran existir entre normas de derecho interno y de derecho internacional”* (Gutierrez)

Esta referencia de cómo funciona el Control de Convencionalidad explica que las normas jurídicas que gobiernan dentro de un Estado son materia de estudio en el ámbito internacional con relación a los hechos ocurridos dentro del Estado parte, por ello es que la Corte Interamericana no puede invalidar normas pero puede declararlas incompatibles con la regulación internacional, para que posteriormente el Estado pueda ser responsable de adecuar sus normas en el mismo lineamiento compatible jurídico internacional.

- b. Control de Convencionalidad Difuso.** Está referido a la administración de justicia desarrollada por el órgano jurisdiccional de cada Estado que de la misma manera debe motivar los fundamentos de una sentencia con referencia a este análisis de hechos y normas que sean concordantes con el ámbito supranacional. Tal como se refiere *“Se trata, por lo tanto, de un control “difuso” de convencionalidad en la medida en que es un “deber” que es ejercido por todos los jueces nacionales y no solo por los jueces constitucionales, conservando (la Corte IDH), en todo caso, su calidad de “intérprete última de la CADH” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno”* (Colección JUS Público, 2016)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha establecido que el Juez debe aplicar este control a pesar de que una de las partes procesales no lo haya pedido y en la misma medida con la que lo hacen los jueces a nivel internacional. Este filtro internacional de protección de derechos con fundamento en los tratados, convenios, documentos emitidos por las organizaciones u organismos internacionales va en torno a su funcionalidad, tal como lo señalan los autores Domingo García y José Palomino:

“(...) el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte, pero también de oficio, esto es, por propia iniciativa del juez, que podrá hacerlo hasta el momento en que debe resolver la litis y en donde deberá analizar la norma opuesta al Pacto, a fin, precisamente, de inaplicarla. En sede doméstica, la Corte obliga al juez local a practicar directamente el control de convencionalidad, en el sentido que no necesita estar autorizado por la Constitución o por las autoridades locales, pues ello nace de compromisos internacionales a los que libremente se ha sometido el Estado” (García & Palomino, 2012)

Efectivamente, la aplicación del Control de Convencionalidad se convierte en una obligación atribuida a los jueces, encargados de administrar justicia, pues es el primer filtro para analizar un caso concreto no solo desde lo que manda la Carta magna, sino una perspectiva abierta a la protección de derechos universales.

4.3.3.5. TEORÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La jurisprudencia del ámbito supranacional ha desarrollado la teoría del Control de Convencionalidad, como ya lo hemos mencionado se debe sus inicios al caso *Almonacid Arellano vs Chile*, en la que se ha establecido la finalidad en la aplicación de este

mecanismo es utilizado y por ahora veremos cómo se ha determinado su fundamento jurídico.

Ya la Comisión Americana de Derechos Humanos ha establecido en el artículo 68. 1 que los Estados parte deben cumplir con la sentencia que se emita como consecuencia de un caso en el que se vea involucrado, no es tanto así para los demás países que solo pueden orientarse (más no obligarse jurídicamente) de sentencias emitidas de las que no hayan sido parte, para resolver un caso similar. Pues de lo que se trata es la protección de la dignidad humana bajo el principio pro hominen, en ese sentido los fundamentos de un Corte internacional deben ser más progresivos en comparación de los que ya se hayan aplicado al caso concreto, tal como lo menciona el autor Juan Alonso Tello Mendoza:

“De esta manera, tendríamos también un auténtico diálogo jurisprudencial, donde –por ejemplo– un tribunal nacional, en favor de la protección de derechos fundamentales y luego de apreciar una determinada jurisprudencia interamericana, deba contar con la posibilidad de apartarse de lo allí señalado si descubre un mejor contexto de aplicación del principio pro homine o si el tema a abordarse aclama la intervención del margen de apreciación nacional” (Pontificia Universidad Católica de Argentina, 2015)

Otra apreciación de la doctrina que recae en este tema es que no existe una regulación expresa de procedimientos para hacer este Control Difuso de Convencionalidad, pues la Corte no la ha establecido; sin embargo ello no debe impedir que los jueces en su condición de tal no sigan administrando justicia o prefieran cerrar el análisis de sus casos solamente con la legislación interna de cada Estado. Ya que como se ha expuesto el artículo 26 de la Convención Americana los Estados parte están comprometidos a velar

por el cumplimiento de instrumentos internacionales que hayan firmado así como su posterior ratificación, ello conlleva a tener la idea de que en cumplimiento de este artículo y que cada Estado parte ha aceptado se lleve a cabo este control o mecanismo de contrastación de normas y verificar su compatibilidad.

Desde una perspectiva supranacional este sistema tiene una mayor ponderación frente a la regulación interna de cada Estado, ya que existe el compromiso de respetar los instrumentos internacionales por parte del Estado ratificador pero con la libertad de cumplir los mismos bajo los parámetros permitidos, tal como lo señala Luis Miguel Gutiérrez *“Ninguna norma de derecho internacional pretende erigirse como norma suprema del ordenamiento jurídico interno, de donde emanaría la validez de todas las otras normas, función que cumple la Constitución nacional. En ese sentido, el derecho internacional no tiene una vocación de máxima jerarquía sino un interés de efectividad”* (Gutierrez).

La Constitución, como ley fundamental establece seguramente como se considera que prevalencia le corresponde al Sistema Internacional, tal es así que en nuestra Constitución se hace referencia en los artículos 55° al 57° sobre los Tratados¹⁹. Ello significa que el

¹⁹ **Título II. Capítulo I. Art. 55 Tratados.** Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Art.56 Aprobación de tratados. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: Derechos Humanos. 1. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 2. Defensa Nacional. 3. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Art. 57 Tratados Ejecutivos. El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al

juez Constitucional debe velar por la aplicación de normas en base a la Constitución del Estado pero también es el inicio para abrirse a un análisis supranacional y de otro lado el juez convencional hace una suerte de contraste de las normas jurídicas utilizadas entre lo que un Estado se ha comprometido.

Para concluir, el autor Robert Alexy nos comenta que *“La regla de la dignidad humana si es absoluta, pero debido a su apertura semántica no se necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante”* (Alexy, 1993). Entonces podemos afirmar que a lo largo de este análisis llegaremos a la finalidad que tiene realizar este control de Convencionalidad ya sea difuso o concentrado, los jueces tienen la obligación de administrar justicia para lograr que se respete la dignidad humana del hombre que no merece comparación bajo un criterio de preferencia, puesto que merece ser la finalidad de protección de la persona.

Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.

CAPITULO V

5. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO A PLAZO DETERMINADO Y LA AFECTACIÓN AL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO DESDE UN ANÁLISIS A TRAVÉS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Al desarrollar este tema, ya nos hemos referido al contexto en que se desenvuelve la problemática, pues bien, queremos hacer hincapié en lo siguiente, la existencia de contratos a plazo indefinido como determinado, es aceptable, toda vez que las leyes especiales para cada uno de estos contratos determina su aplicación, sin embargo muchas veces el empleador puede aplicar las leyes en perjuicio de sus trabajadores, y siendo las leyes las que permiten esta afectación, puesto que como ya hemos visto desde la suscripción del contrato a un trabajador se le limita el acceso a la estabilidad laboral que otorga un contrato a plazo indeterminado.

Este hecho trae como consecuencia que a pesar de que las labores que realice el trabajador sean permanentes, el empleador lo coloca en una situación desigual ante

los demás trabajadores que si tienen un contrato a plazo indeterminado y que pueden tener más beneficios como ya se expuso.

Este panorama se ve agravado cuando es el mismo Estado quien por falta de organización para proteger al trabajador, no les da trato igualitario, esto en las distintas instituciones públicas, entonces la primera reflexión es sobre la condición del trabajador que no puede acceder a una relación de trabajo indefinidamente, y por tanto la estabilidad que tendrá será solamente el tiempo que se determine en su contrato, después de ello, pasará a un estado de desempleo generando un círculo perjudicial en cada caso particular de aquellos trabajadores en la misma situación.

Ya hemos revisado la implicancia de cada contrato determinado, y observamos en la realidad que muchas veces no existe una causa justificativa para darles la categoría de determinado, eso nos lleva a analizar el hecho mismo de cómo se distribuyen y qué criterios se usan al designar una plaza dentro de un determinado régimen respecto del funcionamiento del Estado, de manera que el derecho fundamental al trabajo y por ende la estabilidad laboral se vean en un desbalance frente a la contratación de personal en la administración pública.

Lo que nos interesa ahora es la técnica del Control de Convencionalidad aplicado a la indebida contratación de trabajo dentro del sector público que pueda estar afectando a los trabajadores respecto de su derecho a la estabilidad laboral. entonces analizando el propósito de este mecanismo, primero nos encontramos ante la situación de que la Constitución Política prescribe entre sus artículos la protección del derecho al trabajo y derechos conexos a este, así como a través de las leyes ordinarias y los principios en materia laboral promueven la contratación a plazo

indefinido y el uso de los contratos a plazo determinado bajo los requisitos que se establecen; sin embargo desde la carta magna no se establece taxativamente la protección a la estabilidad laboral, que como ya hemos revisado no solo es de salida sino también estabilidad laboral de entrada (denominada así por la doctrina) y está última como materia de estudio de esta investigación, a pesar de ello no se puede descuidar este extremo que incluye este derecho con la simple razón de que no la protege la Constitución Política, por ello pasamos al segundo aspecto que abarca un análisis a nivel del Sistema Internacional de Derechos Humanos que guarda un estándar de interpretación acopiando a todos los instrumentos internacionales, organismos y organizaciones que deban acreditar la conformidad de ambas normativas (interna e internacional). Como hemos revisado en el marco teórico los criterios para aplicar este filtro supranacional es de manera jerárquica determinado por la estructura del sistema de administración de justicia del Estado, pues bien, como la Constitución Política no protege expresamente **el derecho a la estabilidad laboral de entrada** pero sí la igualdad de trato y oportunidades para los trabajadores así como la prohibición de discriminación hasta llegar a todo el ámbito que protege el derecho al trabajo comprenden el hecho de un Estado debe ser garantista al ofrecer plazas en una convocatoria de trabajo para sus respectivas instituciones públicas.

Para ampliar este alcance exploratorio del trabajo de investigación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha establecido la forma de realizar este control de Convencionalidad, sin embargo el uso de este mecanismo no solo estará apartado para los magistrados que administren justicia, será extensivo para los funcionarios que no pertenezcan al poder judicial, el fundamento lo podemos

encontrar en la garantía que el Estado en general debe dar a las personas que pueden ser perjudicadas respecto al goce y ejercicio de sus derechos en cualquier instancia como es la administración pública.

Este mecanismo de convalidación merece también reflexión y análisis respecto de sus efectos reales en la contratación laboral y la aplicación de los mecanismos que en nuestro país se hacen uso para la protección de la estabilidad laboral de entrada. Ya hemos visto la importancia del ingreso de trabajadores a una entidad pública bajo el criterio de igualdad de condiciones, de oportunidades con estricto cuidado en la selección de los mismos a través de un filtro de méritos que le permita al empleador (el Estado) verificar que el personal pueda ser capaz de responder a las exigencias que merece cada puesto laboral. Según Wilson Nuñez, Magdangelica Terry y Juan Pablo Aranibar “(...)se tiene que propugnar que los mecanismos o sistemas de acceso a la administración pública se encuentren abiertos a todo profesional y que las labores a realizar fijen el perfil del empleado público, y con ello vaya de la mano la especialidad del profesional que quiere acceder a formar parte del aparato estatal, logrando tener una selección de personal en donde prime la capacidad y la especialización del profesional, y no el compadrazgo o el amiguismo” (Terry, Nuñez, & Aranibar, 2017). Esta afirmación se ha ido creando y ocupando una realidad entre nuestra sociedad, tal como una costumbre que se arraiga a la cultura de un país, sin embargo si seguimos los lineamientos bajo los cuales se ha ido desarrollando este trabajo de investigación, referidos a la igualdad entre todas las personas para el acceso a un puesto laboral y tal como lo señalan los instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y

culturales y el Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo, los Estados parte adecuan sus legislaciones promoviendo el acceso del empleo en condiciones justas y equitativas para todas las personas sin que medie discriminación. Dentro de la administración pública no tienen cabida este tipo de excepciones (contratación laboral con ocasión de “favoritismo” en circunstancias políticas), sobretodo porque esta realidad no encuentra fundamento en esta contratación.

Las consecuencias de la gestión deficiente en la contratación laboral de los recursos humanos impacta en la organización de la empleabilidad, creando un desorden al momento de clasificar a los trabajadores según las reales necesidades de la Entidad y que el Estado no puede sostener, ciertamente porque se arma esta estructura de acuerdo a la capacidad de respuesta del Estado, por ello es necesario una contratación laboral responsable para el bienestar general. Asimismo cabe resaltar que este proceso de selección del personal que trabaja para la administración pública debe iniciar desde los más altos funcionarios, de tal manera que vaya descendiendo las mismas reglas para los demás servidores públicos y que finalmente la calidad en cada uno de los trabajadores se refleje en todo el aparato Estatal, por ello el trabajo y esfuerzo requerido debe partir tanto de un contexto externo, relativo a la regulación normativa, principios y políticas sobre contratación laboral así como un contexto interno, es decir la estructura de demarcan las condiciones en las que se ejecutan las labores dentro de la institución pública.

Finalmente debemos tener en consideración la dación de leyes que coadyuven a la estabilidad laboral seguramente no de forma absoluta pero aspirar a una protección que no limite a las personas a proyectarse en un futuro cierto, así como el trato

igualitario ante la ley para acceder a una carrera dentro de la administración pública, sin tener que preocuparse por ser discriminados ante un Estado que garantizará sus derechos fundamentales.

5.2. SITUACIÓN DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

En el Perú, el reconocimiento en la legislación sobre la estabilidad laboral ha sido cambiante, ciertamente porque en los gobiernos de turno a través de la Constitución Política seguida de las leyes se le ha dado mayor o menor importancia a este derecho. La evolución normativa del reconocimiento de la estabilidad laboral se remonta a la Constitución de 1933, situación en la cual los trabajadores eran despedidos por un empleador que ya no requería de sus servicios sin defensa alguna de sus derechos, aunado a ello la informalidad reforzaba la idea de que los empleadores no necesitaban de contratos escritos para la contratación de sus trabajadores. Años después, durante el gobierno de Velasco Alvarado, la estabilidad laboral tuvo su máxima protección por parte del Estado contemplado en la Constitución (Art. 48), leyes como el Decreto Ley 18471 publicado el 11 de noviembre de 1970, Decreto Ley 22126 publicado el 23 de marzo de 1978 y Decreto Ley 24514 publicado el 31 de junio de 1986, ya que el empleador tenía por mucho prohibido el despido de sus trabajadores, quienes a pesar de cometer faltas, la protección constitucional que recibían eran superior a los argumentos de los empleadores.

Ante esta situación el análisis que se desprende hasta este momento de la historia y la regulación normativa interna, es que no se puede dejar desprotegidos los derechos de la persona, sin embargo tampoco se puede ir al extremo de sobreproteger, en ambos casos los resultados no serán los esperados, es decir de lograr que cada sector desde su posición pueda respetar y cumplir las leyes.

Con la Constitución de 1993, el gobierno de turno ha flexibilizado la situación de los trabajadores al darles protección después de ser despedidos, aunque en el caso particular de trabajadores del sector público no pueden ser repuestos sino han ganado un concurso público y con una plaza presupuestada, como se ha establecido en el precedente vinculante Huatuco Huatuco (Expediente N°05057-2013-AA/TC)

Las consecuencias de la aplicación de las leyes que regulan el régimen privado para la contratación a plazo determinado dentro del sector público han sido negativas para los trabajadores, debido a que el concepto del uso intensivo y muchas veces indebido de la suscripción de contratos a plazo determinado ha perjudicado la estabilidad laboral de los empleados públicos, ya que siendo las plazas que maneja el Estado para cada institución pública determinadas según su naturaleza (a plazo indefinido o temporal), pues en la realidad se ha preferido contratar a plazo determinado cuando este es un hecho que no solo desestabiliza a los trabajadores sino también a todo el aparato Estatal, muchos de los conflictos se producen por la condición de la población económicamente activa y entre estos, los trabajadores del sector público, tal es así que la situación de las personas que laboran para el Estado a plazo determinado está vulnerando su derecho a la estabilidad en el sentido de que a pesar de cumplir con la formalidad de sus contratos, no pueden siquiera plantearse el hecho de ser estables en su centro de labor, porque se ven en la necesidad de firmar un contrato temporal que saben que debe ser indefinido.

Las leyes sobre contratación laboral se han flexibilizado demasiado en la medida de que muchos de los contratos en vez de proteger los derechos del trabajador, incentivan a negarle al trabajador la posibilidad de acceder a la estabilidad laboral, es así que hemos abarcado los contratos modales y el contrato administrativo de servicios. En el primer caso, los contratos modales que se regulan por el Decreto Legislativo N°728°, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N°003-97-TR, que regula la relación laboral entre empleador y trabajador conjuntamente con los derechos que protegen a este último, así como las condiciones para la suscripción del contrato, también encontramos las causales de desnaturalización de contratos, las causales de extinción de la relación laboral; sin embargo para hacer una reflexión de esta Ley, tenemos al artículo 4 que se refiere a la preferencia por contratar a un trabajador a plazo indeterminado. En el segundo caso tenemos al contrato administrativo de servicios creado por el Decreto Legislativo N°1047 y sus modificatorias con la vigencia de la Ley 29849, que es una forma de contratación privativa del Estado que puede ser usada tantas veces sea sin que exista abuso de derecho, aunque ya tenemos el pronunciamiento del Poder Judicial en el Expediente N°01349-2018, sobre la necesidad de darle Estabilidad Laboral al trabajador que labora bajo este contrato por un tiempo considerable. Actualmente son estos los decretos que regulan los contratos modales y contrato administrativo de servicios.

5.3. LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

A nivel internacional el desarrollo así como la protección de los derechos laborales se ha ido intensificando por la constante desigualdad que un trabajador debe

enfrentar por tener la condición de tal, frente a su empleador. Es así que como ya hemos revisado en el marco teórico, a nivel internacional existen mecanismos internacionales que protegen derechos laborales a través de tratados, convenios, recomendaciones, organismos, organizaciones, u otros.

El autor José Belmont considera importante el aspecto transversal aplicado a los derechos humanos, tal como refiere *que “Es importante considerar que la resolución de una problemática laboral, vinculada a los derechos humanos, implica tomar en cuenta el carácter transversal de éstos en orden a una solución más protectora e integral de la dignidad de la persona”* (Comisión Nacional de Derechos Humanos , 2017)

Realizar un acto de transversalidad para el análisis de derechos que se pretendan proteger es una manera de la identificación exacta y desglosada de que factores influyen en el derecho y como se compone o se ha desarrollado el mismo, este análisis permitirá un mayor panorama de protección. Por ejemplo aquí podemos encontrar el análisis de principios rectores que coadyuvan esta protección de los derechos de los trabajadores.

Heiner Rivera nos comenta la importancia del principio de progresividad *“Teníamos el derecho laboral de reposición laboral y el Tribunal Constitucional de Perú al sentenciar el caso de Rosalía Huatuco en la Sentencia 05057-2013.PA-TC dispone que la reposición no se aplica a los trabajadores que no hayan ingresado por concurso, acaso no ha vulnerado el principio de progresividad y no regresividad de los derechos laborales, acaso no justifica llegar hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* (Rivera, 2017)

Ante una casuística real la manera de aplicar el Control de Convencionalidad no solo será a través de una simple comparación de normas sino que existen otras herramientas para cumplir este propósito de convencionalidad, tenemos así las sentencias y opiniones consultivas dentro del marco de tratados ratificados por el Estado parte. Es en este punto, donde podemos analizar los derechos que protegen a los trabajadores a nivel supranacional, tenemos entonces la Declaración de Derechos Humanos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento y también está la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como ya lo mencionamos las sentencias u otras opiniones que van en consulta, en este Sistema Internacional de Derechos Humanos, los derechos que se protegen son los básicos para generar un panorama armonioso de vida entre las personas, y principalmente los derechos que protegen a un trabajador son aquellos que deben cumplir la finalidad de que a una persona se le debe el respeto irrestricto de su dignidad como ser humano y las normas que se deriven de esta consigna deben emitirse sin perjudicar ya sea de manera directa o indirecta a este derecho universalmente reconocido. Siendo de esta manera los jueces tienen el deber de verificar la concordancia de sus leyes internas con el Sistema Internacional al que pertenece su Estado.

Entre otras de las consideraciones por el Tribunal Constitucional, el autor Renzo Cavani refiere que *“Es el TC quien determinó que en los casos de trabajadores estatales sin concurso público solamente la indemnización en la protección, adecuada contra el despido, pues ello vulnera el derecho a la igualdad de*

oportunidades para el acceso a la carrera pública. y todos los jueces, la administración pública y la sociedad civil deben seguir” (Cavani, 2015)

Como lo mencionamos cuando el Tribunal Constitucional determino que solo aquellos trabajadores que ingresaron por concurso público pueden ser repuestos en sus puestos de trabajo, nos cuestionamos el hecho de que un trabajador suscribe sus contratos con su empleador muchas veces nos trae a la reflexión de que este trabajador es responsable con sus actividades que corresponden al cargo que ocupa y esa es la razón por la que lo vuelven a contratar y sin embargo nos encontramos ante una situación que a pesar de ello por el mandato de una formalidad le impediría a este trabajador recuperar su puesto dentro de la institución pública afectando los principios que velan por la protección de derechos de los trabajadores y más aún cuando existe todo un sistema internacional al que el Estado peruano está adscrito y ha ratificado.

Tenemos en la Declaración de Filadelfia que José Belmont refiere que *“en la Constitución de la OIT se plasman nociones elementales de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación y al derecho a un nivel de vida adecuado”* (Comisión Nacional de Derechos Humanos , 2017)

En esta parte podemos hacer una comparación entre trabajadores que tienen condiciones iguales en el aspecto formal, es decir contratados bajo un contrato a plazo determinado llámese contrato de servicios administrativos o contratos modales dentro del sector público pero que en la realidad ejercen labores de carácter permanente para el Estado, siendo de esta manera en la OIT pues no se delimita de

forma expresa cuales serían los casos que causen esta suerte de trato desigual o discriminación, pero hemos considerado que no otorgarle el mismo tratamiento a trabajadores que realizarán la misma labor puede enmarcarse dentro de la desprotección en la que se encuentran los trabajadores que se ven afectados respecto a este derecho a la estabilidad laboral de entrada. Desde un ámbito mayor claramente el tema es de reflexión pues hablamos de las consecuencias que una afectación o vulneración de un derecho laboral trae consigo a un derecho fundamental como es la dignidad humana contemplada incluso en nuestra Constitución Política vigente.

Es claro que todo ámbito jurídico y en este caso de reconocimiento de derechos laborales pues el ámbito económico siempre tendrá influencia tal como Belmont nos aclara *“la promoción del desarrollo económico se relaciona por completo con el pleno ejercicio de los derechos humanos, y encuentra en el derecho al trabajo una pieza clave para su consecución al interior de los estados, no solo mediante la promoción de políticas para la creación de empleos, sino a través del fortalecimiento del marco jurídico que sustente esas fuentes de trabajo y las condiciones en que éste se realiza lo lleven a ser calificado como trabajo decente”* (Comisión Nacional de Derechos Humanos , 2017)

Tenemos la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social que fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas y en parte del preámbulo refiere la dignidad humana, la paz social y la justicia social así como resaltar la interdependencia del desarrollo económico y social, siendo este último innegable, pues a efectos de legislar en materia laboral debe también regularse el aspecto del presupuesto que pasa por un tema complejo de organizar la cantidad de plazas

dentro de las instituciones públicas, determinando el régimen en el que los trabajadores deben ser contratados.

5.4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y ECONÓMICAS QUE SE DERIVAN PARA EL TRABAJADOR EN LAS CONTRATACIONES A PLAZO DETERMINADO

Entre las muchas consecuencias que la suscripción de contratos a plazo determinado, en específico la contratación modal como la contratación administrativa de servicios, traen consigo, las hemos clasificado en las siguientes:

i) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Cuando un trabajador se ve afectado por habersele contratado indebidamente bajo un contrato a plazo determinado y debe laborar bajo un contrato a plazo indefinido, podemos exponer las siguientes consecuencias de carácter jurídico:

1° Cuando dos trabajadores realizan las mismas labores de naturaleza permanente para la institución, no se justifica el hecho de que hayan suscrito contratos distintos, situación que contravendría el principio de igualdad ante la Ley, de trato y de oportunidades, y encontrándonos en un Estado de Derecho, se debe promover la igualdad de trabajadores que tengan la misma condición respecto de sus actividades, este principio está contemplado en la Constitución Política²⁰ por el

²⁰ Artículo 2.2 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.

que se prohíben los tratos diferenciados a excepción de que esté justificado por causas razonables. Al respecto Jorge Castillo y otros autores opinan que “*Se vincula a la autonomía privada en todos los ámbitos tanto normativos como no normativos. Es decir que este principio se aplicará tanto a un contrato de trabajo como a un convenio colectivo*” (Castillo, Tovalino, & Pineda, Compendio de Derecho Laboral Peruano, 2012)

De tal manera que se ha creado una clara distinción entre los trabajadores al ser contratados bajo un contrato que no corresponde a las labores que desarrollan a diario, y que han sido condicionados a un plazo manteniéndose en la inestabilidad laboral.

2° Otra consecuencia es la **desnaturalización de contrato**, que como ya hemos visto existen cuatro causales de desnaturalización. Es en ese momento en que muchos trabajadores interponen su demanda para que el órgano jurisdiccional declare que bajo el principio de la primacía de la realidad lo que en verdad existe es una relación laboral indefinida lo que puede traer como consecuencia y lo que espera el trabajador es la reposición pero esta se ha reservado al sector privado, de modo tal que si un trabajador no ha ingresado a una entidad pública bajo un concurso público no será procedente su reposición y solo puede acceder a una indemnización.

Ello nos lleva al hecho de que el Estado desde la Constitución ya delimita al trabajador a no ser repuesto (conservar su puesto de trabajo) debido a que no ha ingresado por concurso público y con una plaza presupuestada, y después de un proceso lato tenga que exigir una indemnización.

3° Respecto de los **derechos colectivos** en el caso de trabajadores que laboran bajo un contrato a plazo determinado, no pueden gozar de estos a plenitud ya que están condicionados a un plazo para el término de su relación laboral, y ser parte de un sindicato y justamente razones de tiempo en la institución pública hacen que los sindicatos a su vez se vean debilitados en organización y funcionamiento, entonces estas circunstancias hacen imposible la continuidad estable de los sindicatos y de todos los trabajadores respecto de sus derechos y beneficios.

4° La **desprotección jurídica hacia los trabajadores** bajo un contrato a plazo determinado es notable porque como ya hemos visto las normas positivas, a pesar de existir instrumentos internacionales que protegen los derechos laborales y la constitución misma que prohíbe el trato diferenciado en iguales condiciones, se han flexibilizado a un nivel que el trabajador a pesar de recibir una indemnización como es el caso de los trabajadores en el sector público, no es suficiente ya que se verán en las mismas circunstancias de un desempleado.

El término de una relación laboral supone que el desempleado se vea desamparado por un Estado que solo ofrece protección después del despido, considerando además que tenga que atravesar por un proceso judicial para ser indemnizado, para el cual deba invertir tiempo, dinero, esfuerzos y otros recursos.

ii) CONSECUENCIAS SOCIALES

Este tipo de consecuencias se suscitan en niveles, los que veremos a continuación:

1° A nivel personal. La incertidumbre de no saber si volverán a contratar a un trabajador al término de su contrato, puede desembocar en ansiedad y estrés que no permite al trabajador desempeñarse con normalidad. Esta afectación no solo repercute en el trabajador sino también se extiende a todos los trabajadores que se encuentran en esa situación, afectando el funcionamiento de la institución. Por el contrario, si el Estado garantizaría que todos los trabajadores laborarían dentro del régimen y contratos que corresponden a las actividades que se requieran, y con las garantías jurídicas laborales requeridas, esta suerte de estrés no se presentaría en los trabajadores.

2° A nivel familiar. Muchos de los trabajadores tienen bajo su responsabilidad el mantenimiento de su familia, tienen hijos que requieren de condiciones básicas para su desarrollo, y el hecho de no contar con estabilidad laboral que ofrece el contrato a plazo indeterminado, es una cuestión que afecta su entorno familiar y social. La necesidad de lograr estabilidad en el trabajo es un anhelo que toda persona dentro de la sociedad espera alcanzar, muchas veces son metas personales que trascienden al exterior y si es el Estado es el que no permite su realización puede de hecho desembocar en frustración personal, familiar y social.

iii) CONSECUENCIAS ECONÓMICAS

Es un hecho que si una persona no tiene empleo no tiene recursos económicos, por ello exponemos las siguientes consecuencias económicas:

1° El uso indebido de la contratación a plazo determinado y más si se habla del Estado como empleador que tendrá que ser el primer protector de derechos del trabajador, trae consigo no solo inestabilidad laboral sino económica ya que se ve afectado incluso desde antes de la contratación, el proyecto de vida para aquella persona que pudiendo optar por un puesto de trabajo a plazo indefinido lo hace por uno a plazo determinado ello en razón a que cada institución del Estado establece sus plazas y la condición que cada uno de estos tendrá.

2° Analicemos también las expectativas que tiene el trabajador en su proyecto de vida, lo que nos lleva a deducir que al no tener estabilidad laboral indefinida no puede acceder a préstamos a mediano y largo plazo que conllevarían a tener una deuda y a ser posible de adquirir bienes a su nombre, toda vez que la entidad financiera no puede correr riesgos para el cobro del dinero prestado.

Esta situación, a su vez limitará la dinámica de la economía social, quedando ambas partes afectadas, este hecho definitivamente afecta directamente al trabajador, todo ello por una mala administración desde el Estado ya sea a través de sus leyes o en todo caso la sistematización de las plazas designadas de acuerdo al desarrollo y la misión que busca cumplir cada entidad pública, que muchas veces se organiza por las circunstancias del momento y no realizando una revisión a las funciones de los trabajadores.

5.5. PERCEPCIÓN DE EXPERTOS RESPECTO A LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN LOS CONTRATOS A PLAZO DETERMINADO CON PERSPECTIVA EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En nuestra investigación, tal como teníamos previsto, se aplicó una entrevista a profesionales del Derecho que se hallan vinculados al ámbito del derecho laboral. Los resultados y su análisis lo presentamos a continuación.

Entrevista N° 1: Abogada María Angélica Miranda Ayerbe

(Abogada de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Apoderada Judicial de ESSALUD. Maestría en Derecho Laboral y Seguridad en España de la Universidad Autónoma de Barcelona. Especialidad en Contratación y Adquisiciones del Estado. Especialidad en Arbitraje).

Pregunta N°1: ¿Considera usted que los trabajadores que laboran bajo la modalidad de contratos a plazo determinado tienen menores ventajas económicas y sociales que trabajadores contratados a plazo indeterminado?

No es cierto porque todo trabajador tiene los mismos derechos que los trabajadores a plazo indeterminado, podría ser respecto a beneficios como asignación familiar, la diferencia entre un contrato a plazo determinado con uno indeterminado es que el primero tiene una fecha de inicio y una fecha de conclusión y el segundo no tiene, pero el fondo del asunto en los cuales ambos tienen las mismas ventajas, los mismos derechos, por ejemplo, en un despido se da en cualquiera de estos contratos

Pregunta N°2: ¿Piensa usted que en los contratos a plazo determinado se afecta al derecho a la estabilidad laboral a los trabajadores del sector público?

En alguna medida, relativamente se puede decir, se vulnera el derecho a la estabilidad laboral, porque como ya hemos dicho el contrato de plazo determinado tiene fecha de inicio y conclusión lo que no pasa en un contrato a plazo indeterminado, por tanto la afectación no podría darse ya que si un trabajador comete una falta bajo el contrato que labore, es destituido de su cargo.

Pregunta N°3: ¿Dentro de un Estado Social de Derecho debería proveerse normativamente la protección efectiva del derecho al trabajo mediante la estabilidad laboral a partir de un análisis del Control de Convencionalidad?

De acuerdo a las últimas tendencias laborales a las empresas que maneja el Estado y este que maneja los trabajadores, la estabilidad laboral ya es una figura decorativa, aun cuando está regulado por la Constitución Política del Estado ya no se respeta la estabilidad laboral, es un “referente” por cuanto se convierte en un simple lirismo porque igual al trabajador siempre se le afectan sus derechos ya sean solo laborales o incluso constitucionales, a pesar de estar regulado por la norma de normas y leyes que vienen en forma jerárquica la estabilidad laboral es un simple lirismo, entonces lo que se tiene que hacer en este caso es que el Estado vea otras alternativas como modificar la constitución y darle seguridad jurídica al trabajador cuando ingresa a laborar y no darle solo seguridad después de producido el despido este hecho no le sirve al trabajador si en el ínterin de un eventual proceso se siguen afectando los derechos del trabajador.

Porque lo que busca el trabajador es que se le proteja y que las leyes estén a su favor, para que continúe trabajando y no que el Estado actúe después del despido. Porque la forma de ingreso para laborar para el Estado es el concurso público, la meritocracia, sin embargo, desde el momento que entran en vigencia nuevas formas de contratación. Los empleadores se adecuan a ello, buscando sus beneficios ya que las leyes están dadas de esta forma y el pensamiento de estos es que es lo más fácil y como recibir mayores beneficios en calidad de empleador. Y en el supuesto caso de que no hubiera clases de contratos y existiera un solo tipo de contrato laboral a plazo determinado todos estarían dentro, pero desde que se tienen distintos tipos de contratos laborales las entidades empleadoras se acogen a estos parámetros.

Se puede hacer el Control de Convencionalidad en base a establecer normativa clara y precisa respecto de la contratación laboral porque todavía existen cifras que nos indican que es un problema más allá de simples formalidades, que quiere decir esto que la Constitución no protege de manera expresa la estabilidad laboral de entrada; sin embargo a través de los demás principios protectores respecto de todos los aspectos del derecho al trabajo se puede producir una suerte de protección a esta parte de la estabilidad laboral; pero en nuestro país es muy difícil pensar que si no lo protege la norma taxativamente no se protege el derecho, entonces el análisis es fundamentado en la medida de que los jueces tienen la labor de hacer un Control de Convencionalidad en este aspecto.

COMENTARIO

La referencia que nos proporciona la entrevistada es que ya sea contratos a plazo determinado como indeterminado, los trabajadores pueden tener los mismos

beneficios, una razón más por la cual no se explica que el Estado en su rol social no opta por tratar a los trabajadores que tendrían que haber suscrito un contrato a plazo indefinido y por el contrario se les diferencia al contratarlos a plazo determinado. Y si es el mismo Estado el que toma estas acciones en contra de los derechos del trabajador, la estabilidad laboral indefinida no tendría siquiera cabida ante esta situación de vulnerabilidad, porque si el trabajador suscribe un contrato a plazo determinado, no le protegen los mismos derechos que a otro trabajador que realiza actividades de igual naturaleza y suscribe un contrato a plazo indeterminado. Por ello la necesidad de llevar el caso a un análisis con normas supranacionales para verificar si efectivamente ante la preferencia de contratar más personal a plazo determinado por causas del flujo de empleabilidad se vulneraría los derechos de los trabajadores que debieron ser contratados a plazo indeterminado.

Entrevista N°2 Abogado Néstor Abel Olarte Montes

Egresado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Maestría en Derecho con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Andina del Cusco (estudios concluidos). Maestría en gerencia de recursos humanos por el CEREM Business School en la Universidad Rey Juan Carlos de España. Especialidad del Derecho Laboral y Seguridad Social, Inmigración (estudios no concluidos). Actualmente asociado del Estudio Muñiz.

Pregunta N°1: ¿Considera usted que los trabajadores que laboran bajo la modalidad de contratos a plazo determinado tienen menores ventajas económicas y sociales que trabajadores contratados a plazo indeterminado?

Considero que si hablamos de trabajadores del Régimen Laboral de la actividad privada que laboren en instituciones públicas, considero que si en cuanto al tema de la estabilidad laboral porque a partir del precedente Huatuco Huatuco, estos trabajadores ya no tienen derecho a la reposición en su centro de trabajo, salvo que hayan ingresado por concurso público, con una plaza presupuestada y de duración indeterminada, entonces frente a la primera diferencia no tienen estabilidad laboral, sin embargo frente a otro tipo de derechos de naturaleza remunerativa, beneficios laborales si estarían en igualdad de condiciones, por lo menos en la mayoría de beneficios como por ejemplo en el tema de la CTS por la función pero básicamente si nos centramos en la estabilidad laboral encontramos una diferencia sustancial. En realidad en el esquema constitucional que manejaríamos, no tendrían derecho a la reposición pero si tendrían derecho a la adecuada protección que señala la norma que sería el pago de una indemnización.

Pregunta N°2: ¿Piensa usted que en los contratos a plazo determinado se afecta al derecho a la estabilidad laboral a los trabajadores del sector público?

Como lo he referido anteriormente, si, en realidad si se afectaría el derecho a la estabilidad laboral, pero entendamos como estabilidad laboral como un bloque que no puede ser dividido, tenemos que precisar si hablamos de una estabilidad laboral absoluta o relativa, en el esquema constitucional que manejamos en nuestro país y de acuerdo al art. 27 de la Constitución Política, el constituyente le otorga al legislador la posibilidad de regular o no la forma de protección frente al despido arbitral y lo que ha dicho en realidad a través del D.S.003-97-TR que a todo trabajador le debe corresponder el pago de una indemnización, no obstante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que en los diferentes tipos

de despido como el incausado y el fraudulento corresponde la reposición, pero que ocurre en este caso que hemos señalado respecto de la pregunta, es que la mayoría de trabajadores que laboran en el régimen laboral de la actividad privada tienen contratos que están desnaturalizados, y lo que implica es que no se pueda extinguir si no es por causa justa comprobada, y lo que generaría que yo por ejemplo de por terminado un contrato que este desnaturalizado, un contrato incausado, entonces este tipo de trabajadores evidentemente no tendrían una reparación frente a este despido que sería la reposición a su centro de trabajo pero si tendrían una indemnización y esta sería la principal diferencia y desventaja frente a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada que laboren en una entidad privada.

Respecto de las demandas de trabajadores del sector público dentro del régimen laboral privado de los cuales se han desnaturalizado su contrato siempre ha existido y hubo un tiempo en el cual los trabajadores del Poder Judicial eran los que más demandaban su reposición, pero a partir del precedente vinculante Huatuco Huatuco se ha desincentivado la interposición de demandas de reposición pero no para indemnización por despido arbitrario.

Pregunta N°3: ¿Dentro de un Estado Social de Derecho debería proveerse normativamente la protección efectiva del derecho al trabajo mediante la estabilidad laboral a partir de un análisis del Control de Convencionalidad?

El Estado debería propender a que el trabajador tenga estabilidad, primero hablemos del principio de progresividad de los derechos laborales, este principio va

a permitir que los derechos laborales tiendan al alza, es decir, a otorgar mayores beneficios a los trabajadores, si nos enfocamos desde esa perspectiva, en realidad debería propenderse a que poco a poco el trabajador tenga mayor estabilidad laboral, sin embargo estamos en el régimen de protección frente al despido que ha generado nuestra propia Constitución, sería la propia norma que ha señalado que la protección que se da a los trabajadores es la indemnización y recién frente a un despido nulo, la reposición, no obstante como te dije el Tribunal Constitucional ha señalado que frente al despido incausado y fraudulento también procede la reposición, en ese caso el Tribunal ha hecho una labor de suplir la necesidad normativa que debía realizar el legislador para establecer a través de precedentes vinculantes en estos dos tipos de despido que ameritaban la reposición.

En el caso de obreros municipales la Corte Suprema ha establecido que no se aplica el precedente Huatuco Huatuco, ya que el caso de obreros municipales no tendrían que ingresar por concurso, sino que están exentos de la aplicación de este precedente.

Esta situación llevada a un nivel internacional, es decir ante el Control de Convencionalidad que realicen tanto los jueces de nuestro país como jueces de jurisdicción internacional se tendría que analizar desde el punto de vista en qué nivel tendrían que perfilar a un Estado para cumplir con los tratados o convenios que ha firmado así como ha ratificado el Perú, no olvidemos también las sentencias emitidas por la Corte Interamericana que si bien en el caso concreto no se ha pronunciado al respecto salvo la sentencia del caso Lagos del Campo contra Perú (y esta sentencia es acerca de estabilidad laboral respecto al término de un contrato

por causal de despido) no propiamente sobre cómo garantizar a una persona que sea contratada bajo el régimen de la labor que cumplirá en el cargo.

COMENTARIO

En esta segunda entrevista hemos contrastado la realidad que es iniciada claramente por la aplicación de leyes que desde nuestra carta magna hacen que el trabajador se encuentre sin protección para otorgarle estabilidad laboral, ya que muchas veces los beneficios sociales que recibe a pesar de no diferir de trabajadores que se encuentran a plazo indeterminado, pues es una situación de inseguridad, que el mismo Estado promueve, y ciertamente bajo la operatividad del principio de progresividad un trabajador debería recibir mayores beneficios frente a una clara desigualdad frente a su empleador más aún si este es el Estado.

El principio de progresividad contemplado el artículo 26 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, refiere a que los Estados parte tienen el deber de consignar entre su normativa jurídica la materialización de este principio a través de los derechos prescritos en las leyes especiales, y como complemento de este principio tenemos al de no regresividad o irreversibilidad que no permite a las leyes regresar a la condición anterior porque significaría quitarle o limitar algún derecho o beneficio ya adquirido.

Entrevista N° 3: Abogada Katia Maribel Virto Concha

(Abogada de la Universidad Andina del Cusco. Asociada del Estudio Jurídico Virto & Gonzales. Maestría en Derecho Laboral y Seguridad en la Universidad Andina del Cusco)

Pregunta N°1: ¿Considera usted que los trabajadores que laboran bajo la modalidad de contratos a plazo determinado tienen menores ventajas económicas y sociales que trabajadores contratados a plazo indeterminado?

En mi opinión depende de la entidad estatal a la que pertenezcan, ya que se tiene algunas entidades autónomas (Gobierno Regional, pliegos ministeriales), cuyas escalas de remuneraciones para trabajadores contratados son bastante elevadas.

En cuanto a la estabilidad laboral, sin duda, con los regímenes del CAS, ya no cuentan con dicho beneficio absoluto siendo más frágil su vínculo. Los trabajadores que laboran a plazo determinado tienen menores ventajas en referencia a los que si laboran a plazo indeterminado, puesto que los primeros a pesar de que reciben tal vez los mismos beneficios laborales, se les limita por ejemplo el poder sindicalizarse, o recibir una pensión tras una jubilación a la que no podrán acceder porque que la naturaleza de su contrato no les permite.

Pregunta N°2: ¿Piensa usted que en los contratos a plazo determinado se afecta al derecho a la estabilidad laboral a los trabajadores del sector público?

Depende de que labor desempeña el trabajador bajo el principio de primacía dela realidad, ya que tenemos trabajadores contratados por CAS y plazo determinado que realizan funciones permanentes, de otro lado también tenemos trabajadores contratados con cargo al presupuesto de obras que realizan labores permanentes, y tenemos trabajadores contratados a plazo determinado con que trabajan en

proyectos de inversión (obra) y que por tanto su estabilidad estará sujeta a la conclusión del proyecto.

En ese escenario cada caso merece una respuesta:

- En el caso de trabajadores contratados con cargo al presupuesto de obras que realizan labores permanentes, y en el caso de contratados con cargo al presupuesto de obras que realizan labores permanentes, estos sin duda ven afectados su derecho a estabilidad laboral ya que siendo la labor permanente, es violatorio a su derecho el que se dé por concluido su contrato.
- En el caso de trabajadores contratados a plazo determinado con que trabajan en proyectos de inversión (obra) y que por tanto su estabilidad estará sujeta a la conclusión del proyecto, el contrato debiera tener como duración la del proyecto de inversión, luego de lo cual debe tenerse por concluido el contrato sin que esto signifique afectación a su derecho a la estabilidad laboral.

Pregunta N°3: ¿Dentro de un Estado Social de Derecho debería proveerse normativamente la protección efectiva del derecho al trabajo mediante la estabilidad laboral a partir de un análisis del Control de Convencionalidad?

Es claro que el dinamismo social así como la competitividad impulsan a un país a adecuar sus normas jurídicas a las últimas tendencias, pero que pasa cuando se pierde la constancia de seguir intentando el equilibrio entre clases de distinta índole, si hablamos de trabajadores y la protección que merecen recibir por parte del Estado a través de la estabilidad laboral, nos damos cuenta de que entre trabajadores y empleador hay una distancia enorme respecto de beneficios de todo tipo, esto hace

que el Estado no solo como persona jurídica que a través de sus gobernantes legisle sino también como empleador deba prever y regular las garantías necesarias para que el empleo público, en este caso, tenga que de alguna manera tratar de suplir las grandes diferencias entre trabajador y empleador, esto es que no se vulneren derechos laborales en los centros de trabajo, y como se llegaría a de alguna forma coadyuvar esta situación dispereja, pues con las constantes fiscalizaciones, sanciones si fuera el caso a quienes tienen a su cargo, valga decir desde la cabeza de la institución hasta las oficinas de recursos humanos, la labor de velar por el derecho irrestricto de derechos dentro de una entidad pública.

Para que un juez realice el Control de Convencionalidad, se requiere analizar la situación del Estado en un sentido macro, no solo hablar de la contratación laboral o como debe regirse sino también analizar un tema importante, es decir la empleabilidad y el flujo de contratación. actualmente las universidades, los institutos u otro centro educativo sacan al mercado muchos profesionales que normalmente inician una relación laboral bajo estos contratos a plazo determinado ya sea el Contrato administrativo de servicios, contratos temporales u otro régimen de carácter temporal, y si redujéramos la cantidad de personas contratadas bajo estos regímenes temporales, muchos de estos jóvenes no alcanzarían oportunidades de trabajo, hay que ser enfáticos en este tema puesto que el tema de proteger a unos puede perjudicar al mismo tiempo también a otros y el Estado es que debe tratar de adecuarse a las nuevas tendencias en las que entramos como país pero también por otro lado no desproteger este aspecto de interés social.

COMENTARIO

En esta entrevista hemos podido observar que no solo se trata de brindar protección a los trabajadores en el sentido de la contratación laboral, la estabilidad laboral va más allá de criterios de contratos y plazos, sino que al ser un derecho de carácter social, pues merece un tratamiento concienzudo, que no se puede tomar con ligerezas, debido a que, tal como se expone, este derecho no se puede limitar por una simple formalidad como se viene haciendo con los trabajadores del régimen de la actividad privada que laboran en el sector público. Tanto más en los contratos modales y administrativo de servicios que conjuntamente con otros tipos de contratos si bien impulsan el flujo de la empleabilidad, se han ido utilizando cada vez más, y por lo que ya mencionamos irrumpe en la conocida estabilidad laboral. también se ha mencionado que al contratar a más personas dentro de una relación indefinida no existiría el flujo de contratación de personas que apenas se insertan al mercado, sin embargo no se debe entender el propósito de esta investigación como solo protectora de la contratación a plazo indeterminado pues, tenemos la certeza de que el Estado si debe contratar también a plazo determinado sin embargo como lo hemos referido muchas veces protegiendo derechos que la misma Constitución así como el Sistema Internacional vela por su cumplimiento.

Entrevista N° 4: Juez Superior Franklin Gutiérrez Merino

(Abogado de la Universidad San Martín de Porres. Magister con mención en Derecho Civil y Comercial de la Universidad San Martín de Porres. Profesor en Universidad Peruana de las Américas. Asesor en Congreso de la República del

Perú. Asesor en MEF. Juez Superior de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cusco)

Pregunta N°1: ¿Considera usted que los trabajadores que laboran bajo la modalidad de contratos a plazo determinado tienen menores ventajas económicas y sociales que trabajadores contratados a plazo indeterminado?

En cuanto a la comparación económica considero que no hay ninguna diferencia entre un trabajador de plazo indeterminado con uno de plazo determinado, me refiero a que ambos tienen derecho a percibir igual remuneración, que si hacen una misma función tienen que percibir igual remuneración, esto es, si hay una persona que es contador público y que está a plazo indeterminado de planeamiento y presupuesto y si viene otra persona que está a plazo determinado, este está por encima del primero. en el Decreto Supremo 003-97-TR se calcula la indemnización por despido arbitrario en un trabajador de tiempo indeterminado en base a una remuneración y media mensual por cada año laborado hasta un máximo de doce, pero si fuera un trabajador a tiempo determinado o con contrato modal, la norma dice que hay que darle una remuneración y media mensual por cada mes o por cada año que está dejando de laborar o sea que si un trabajador ha pasado el periodo de prueba ha sido despedido tendrían que contarse los meses dejados de laborar y el monto indemnizatorio superaría inclusive al monto que se le dé a un trabajador común, entonces económicamente no veo ninguna diferencia, socialmente hay que ver que la gran diferencia es la estabilidad laboral de un trabajador a plazo determinado frente a uno indeterminado como Derecho Social, pero como concepto general no lo veo como una diferencia. Ver también el asunto de que los jóvenes no buscan quedarse en un puesto de trabajo hasta los setenta años, por un tema de

querer explorar el mundo. Respecto de los beneficios sociales, la norma regula beneficios para todos CTS, pensiones, seguridad social, entonces un trabajador que quiera considerarse digno debe tener estos beneficios sociales principales.

Pregunta N°2: Piensa usted que en los contratos a plazo determinado se afecta al derecho a la estabilidad laboral a los trabajadores del sector público?

Esa pregunta se remonta a la Constitución de 1979, esta Carta de manera expresa el art. 48 decía que el Estado garantiza el derecho a la estabilidad laboral, pero la Constitución actual ya no hace alusión ya que lo que está regulando es una protección contra el despido arbitrario, entonces una Constitución tiene dos partes: una parte jurídica y una parte política esta última es propia de nuestra realidad, entonces si el pensamiento político es constituyente porque en el Perú no hay estabilidad laboral como un pensamiento político que se impuso y que se ha desarrollado hasta la actualidad y eso obedece justamente a decir que el Estado no está en capacidad de darle estabilidad laboral a todos los trabajadores por un tema de los costos laborales, de política. En fin, este derecho al no estar reconocido no habría tal vulneración a la estabilidad laboral.

Pregunta N°3: ¿Dentro de un Estado Social de Derecho debería proveerse normativamente la protección efectiva del derecho al trabajo mediante la estabilidad laboral a partir de un análisis del Control de Convencionalidad?

Respecto de esta pregunta, regresar a la estabilidad laboral implicaría un retroceso por que no considero que debemos regresar a la estabilidad laboral, ya que el mundo

actual esta propugnando en todo caso a los contratos laborales a plazo determinado o temporales, es cierto que a nivel doctrinario el Derecho laboral define que existe un vínculo laboral indeterminado y que la excepción es una a plazo determinado como enseñanza en las universidades pero con la vivencia social y económica del país. Entonces tenemos por ejemplo el Decreto Ley 22342, que es el Régimen de exportación, una ley dictada en la dictadura pero funciona porque tiene previsto un régimen para trabajadores a plazo determinado, lo que sustenta económicamente al Perú es la minería, el turismo, agricultura, por ejemplo en este último caso para exportar algún producto la competencia es a nivel mundial y por eso se contratan trabajadores a plazo determinado para abaratar costos y darle un precio a nivel exterior y asegurar el éxito en la empresa, y el estado para motivar a esa empresa les dan beneficios como contratar temporalmente en base a la competitividad del país. Ahora si nos referimos solamente a la estabilidad laboral de entrada y al acceso al trabajo se hace necesario analizar que normativa protege esta situación antes de la suscripción de un contrato y el análisis es más complejo todavía porque si salimos de nuestro entorno legislativo para ver cómo se protegería este aspecto por la jurisdicción supranacional veremos que es todo un sistema compuesto por convenios, sentencias, opiniones consultivas que al fin y al cabo protegen derechos universales, ciertamente si nuestra Constitución está fallando en este aspecto se puede recurrir hacer este Filtro de convencionalidad a fin de establecer los parámetros necesarios para proteger derechos que se pueden ver vulnerados.

COMENTARIO

En esta entrevista, el experto nos hace un análisis panorámico de lo que implica la contratación laboral, no solo hablamos de normas laborales pues, en la parte

económica también se debe enfatizar los aspectos de costos que irrogan al Estado y la necesidad que tiene de contratar a plazo determinado como a indeterminado; sin embargo cabe aclarar que en nuestro trabajo de investigación no se pretende retroceder a generar una estabilidad laboral de protección absoluta, es decir que resulte nuevamente complicado el despido de un trabajador cuando surgen las causales previstas por la ley, sino es más bien de asegurar la correcta contratación laboral en el sector público para evitar así las consecuencias negativas que ya hemos revisado a lo largo de este trabajo a través de la estabilidad laboral de entrada y no tanto así la estabilidad laboral de salida que ya la misma Constitución Política protege mediante el artículo 27. Por ello también hablamos de una revisión por parte de un ente internacional que no puede dejar de proteger los derechos universalmente reconocidos, y cuyos instrumentos se usan a favor de la dignidad de la persona.

Entrevista N° 5: Juez Superior Yuri Jhon Pereira Alagón

(Abogado de la Universidad Andina del Cusco. Maestría con mención en Derecho Civil en la Universidad Católica San María de Arequipa, Estudios de Maestría en Política Jurisdiccional en la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco, Juez Superior de la Primera y Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cusco)

Pregunta N°1: ¿Considera usted que los trabajadores que laboran bajo la modalidad de contratos a plazo determinado tienen menores ventajas económicas y sociales que trabajadores contratados a plazo indeterminado?

Primero debemos analizar lo que es la legislación laboral pública y la Constitución en su art. 26° que dice que todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de trato, entonces en la medida en la que desarrollen labores similares entre los trabajadores nombrados que han ingresado por concurso público de méritos entonces aquel que no ha ingresado por concurso público por contratos a plazo fijo, etc. sin embargo la única diferencia sería esa, pero esa es una diferencia que se genera en función de su régimen, haber ingresado a la administración vía concurso público, eso no implica a que no tengan beneficios iguales, todos los beneficios que se le da a un trabajador nombrado, siendo ese el nomen juris que se usa dentro del régimen público, todos esos derechos deberían otorgársele a un trabajador a plazo fijo en la medida que realice la misma actividad, ese sería el parámetro para determinar la igualdad y de la misma manera tendría el derecho a percibir los mismos derechos tal como lo establece el DS 003-97-TR en el ámbito laboral privado, dice “los trabajadores contratados a plazo fijo tienen los mismos derechos que los trabajadores bajo un contrato a plazo indeterminado”, ese mismo marco, hablando de relación es laborales se traslada al régimen laboral público y por tanto deben tener los mismos derechos con la exigencia que realizan la misma labor, si encaso hubiera alguna diferencia, lógicamente ya habría un elemento que autoriza a hacer la diferencia entre quien percibe determinado beneficio y quien no lo percibe.

Pregunta N°2: Piensa usted que en los contratos a plazo determinado se afecta al derecho a la estabilidad laboral a los trabajadores del sector público?

En estos casos estamos hablando de aspectos referidos a temas presupuestales de toda la administración pública, entonces yo creo que debería establecerse un

régimen especial de trabajadores contratados a plazo fijo bajo determinadas condiciones, por ejemplo, cuando he estado en la Sala Laboral que ha resuelto casos de las municipalidades y hemos visto que cada alcalde va con sus seguidores son contratados irregularmente y después se desnaturalizan los contratos e ingresan posteriormente a planilla y con cada periodo distinto tras el ingreso de cada alcalde se va incrementando, y esa no es la idea, ahí hay un tema de interés público que es el respeto del tema presupuestario, porque el Estado solo puede responder obligaciones en la medida que tenga disponibilidad presupuestal, entonces si vamos a ir incrementando trabajadores en las planillas porque se les contrata irregularmente a plazo fijo y que luego esos trabajadores sean contratados con calidad de una relación indeterminada y si existen trabajadores a plazo fijo se le vulneran sus derechos, si es que se regulara adecuadamente se contrataría también de la misma manera y tal como la norma dice la ley 276 dice claramente que en proyectos de inversión la contratación es a plazo determinado, porque son periodos cortos para que puedan ser contratados y que no se vinculan al quehacer diario de la institución pública. Entonces si están adecuadamente contratados los trabajadores a plazo fijo lógicamente el vencimiento de sus contratos no afecta sus derechos, si están irregularmente contratados y hasta que no se establezca un régimen adecuado de contratación temporal (porque el Estado requiere contratar temporalmente) en el régimen laboral privado así también del sector público existe por regla general el contrato de duración indeterminada y por excepción es a plazo fijo, lo mismo tiene que regularse en el régimen laboral público pero estableciéndose claramente en que casos se puede contratar a estos trabajadores cuyos contratos se han desnaturalizado y seguir con la consigna de que una vez que estos contratos se extingan los trabajadores ya no trabajen para la institución porque si no nuevamente vamos al tema presupuestario, (la legalidad presupuestaria) podemos ir asumiendo cada vez

mayor número de trabajadores. el Estado necesita contratar trabajadores para la administración pública mediante el Decreto Legislativo 276, necesita contratar trabajadores a plazo fijo pero eso debería regularse claramente ahora hay un régimen público y considero que casi toda la administración pública están incumpliendo es el régimen de contratación temporal, son inadecuadamente contratados y que genera? se desnaturaliza el contrato y aplica la ley 24041 (esta norma no regula responsablemente el caso de que los trabajadores son contratados por más de un año) esta norma rompe pues un principio importante que es el de acceso a la administración pública por concurso y estos trabajadores que son protegidos por la Ley 24041 que dice que si han laborado por más de un año tienen derecho a la reposición siempre que ellos demuestren que la labor que realizan es de naturaleza permanente entonces quienes están protegidos bajo esta Ley no significa que no puedan ser despedidos porque pueden ser evaluados por la administración y si no responden a esta evaluación simplemente puede darse por concluido su contrato y el Estado está en su derecho a evaluar a todo trabajador, pero si hay trabajadores que son contratados directamente en gobiernos regionales y locales, el Estado puede evaluar a estos trabajadores, entonces es todo un marco que hay que tener en cuenta y que el Estado debería preocuparse por la normativa de trabajadores de la administración pública.

Pregunta N°3: ¿Dentro de un Estado Social de Derecho debería proveerse normativamente la protección efectiva del derecho al trabajo mediante la estabilidad laboral a partir de un análisis del Control de Convencionalidad?

Antes debemos hacer unas aclaraciones, el Control de Convencionalidad solo lo realizan los jueces, entonces en un ámbito interpretativo las normas que

actualmente están rigiendo los regímenes laborales, eso no significa que quienes son responsables de dar las normas jurídicas no tomen en cuenta lo que haya dicho la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la estabilidad laboral y sobre todo tomar en cuenta los convenios relacionados al Derecho al Trabajo, pero en el régimen de estabilidad laboral incluso la OIT deja a salvo a los Estados a establecer su régimen de estabilidad laboral y su régimen de despido. En el caso nuestro que el artículo 27 de la Constitución traslada la responsabilidad a la ley para regir todos los aspectos relacionados al Derecho laboral, entonces hay que analizar todo un conjunto normativo y ver si la norma se está cumpliendo o no y los estándares que se hayan dicho los tribunales internacionales tanto regionales (Comisión) e internacionales (Corte) y a un nivel macro que es la Organización Internacional del Trabajo.

En el caso del pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha limitado la reposición para aquellos trabajadores que hayan ingresado por concurso público y estoy de acuerdo porque hablamos de entidades públicas que debe regir la vida del país, entonces quienes logran ingresar a laborar a la administración pública deben ser personas idóneas y eso solo se ve a través de un concurso público entonces ese principio general se debe cumplir pero no se hace e incluso hay una recomendación del Tribunal Constitucional a través del precedente Huatuco Huatuco asimismo ha dicho que el contenido esencial del derecho al trabajo comporta dos aspectos el derecho de acceso y el otro aspecto es a no ser despedido arbitrariamente; en el primer punto hablamos de estabilidad de entrada, entonces el Estado comete una arbitrariedad si alguien es contratado bajo un régimen laboral que no le corresponde por la labor que está realizando. Se ha reclamado mucho respecto del CAS respecto del cual es unánime la posición de que es un régimen que vulnera derechos porque

pueden ser despedidos y solo tienen derecho a una indemnización de dos remuneraciones que tienen un trato diferenciado frente a aquellos trabajadores que tienen protección de la Ley 24041 o respecto de los trabajadores nombrados que son despedidos previo procedimiento disciplinario administrativo entonces también tiene que ir evaluándose en verdad si este régimen respeta o no los derechos de un trabajador y ante un Tribunal Constitucional que ha dicho que este régimen es constitucional no cabe más opción que hacer un Control de Convencionalidad porque existen trabajadores que realizan la misma labor pero están contratados en distintos regímenes, en este caso se vulnerarían los derechos de ciertos trabajadores frente a otros. Cuando se da la situación que hay trabajadores laborando bajo la Ley 24041 por más de un año, estos ya no podían ser contratados por el CAS porque están protegidos por esta ley, entonces esperemos que los nuevos miembros del Congreso puedan avocarse a estos temas de legislar en materia de contratación laboral.

COMENTARIO

Al respecto solo cabe enfocarnos que efectivamente el Estado no puede cubrir las remuneraciones de servidores que hayan sido contratados a la ligera a propósito del ingreso de autoridades de gobierno, para tener que posteriormente otorgarles los derechos que según la ley les correspondería, este también es un aspecto a considerar de gran importancia. Pero así como se avanza en temas económicos muy provechosos para el país, no se puede dejar de lado la irrestricta protección de derechos reconocidos como tal a las personas en la condición en la que se encuentren. Asimismo el entrevistado tampoco encuentra diferencias económicas entre la contratación laboral a plazo determinado como a plazo indeterminado,

entonces llegamos a un punto de análisis en la que no se encuentra razones para no contratar a los trabajadores en el régimen que verdaderamente les corresponde.

5.6. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO AL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO

En esta parte veremos la jurisprudencia tanto a nivel nacional, derecho comparado e internacional, para lo cual se ha extraído los fundamentos de las sendas sentencias que competen a la estabilidad laboral.

5.6.1. JURISPRUDENCIA NACIONAL

*c. **EXPEDIENTE N°1124-2001/AA-TC.** El Tribunal Constitucional ha llegado a la conclusión de dos aspectos respecto del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo “*el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa, (...)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 (...) Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa*” (Proceso de Amparo, 2002)*

En esta sentencia se ha establecido que si el Estado debe orientar las políticas a la mejora del empleo, entonces lo debe hacer o promover es la contratación con las mismas condiciones y con un trato igualitario entre los trabajadores, siempre de forma progresiva tal como expone el Tribunal Constitucional. Entonces el acceso al trabajo se complementa con la forma en que la ley especial, regula los requisitos para los sendos contratos.

b. EXPEDIENTE N° 1308-2016-DEL SANTA. La Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ha considerado los siguientes fundamentos:

“i) Décimo octavo: En todo caso, del examen que se realice caso por caso de las demandas contenciosas administrativas, donde los demandantes invoquen la protección contra el despido arbitrario a través del artículo 1° de la Ley N° 24041, deberá tenerse en consideración, ii) Décimo noveno: Al respecto, cabe mencionar que la Ley N° 24041 reconoce a quienes se encuentren laborando para la administración pública en condición de contratados y realicen labores de naturaleza permanente por más de un año de manera ininterrumpida, el derecho a no ser cesados sin el procedimiento previo previsto en el Capítulo V del Decreto Legislativo N.° 276, más no le reconoce a dicho servidor el derecho de ingreso a la carrera pública como servidores nombrados; en tanto que, tal como se desprende del texto del artículo 12° del citado Decreto Legislativo N.° 276 y de los artículos 28° y 40° del Reglamento de la Carrera Administrativa aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, para adquirir dicha condición deberán concursar y ser evaluados previamente de manera favorable; iv) Vigésimo cuarto: En ese orden de ideas, (en aplicación del principio de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales, como lo es el derecho al trabajo) en

caso que un trabajador sujeto a las reglas del Decreto Legislativo N° 276 y artículo 1° de la Ley N° 24041, haya probado que su contratación se ha desnaturalizado, esto es, por haber laborado más de un año de manera ininterrumpida en labores de naturaleza permanente y sin que exista causa justificante prevista en la ley, no se podrá denegar su derecho aduciendo que su ingreso no se realizó por concurso público de méritos, pues como se señalara precedentemente, en estos casos no nos encontramos frente al ingreso a la carrera administrativa, sino a no ser cesados arbitrariamente, cuando se cumplieron los requisitos que la referida ley contiene” (Principio de primacía de la realidad, 2017)

A través de esta sentencia a pesar de que el Tribunal ha aclarado la situación de los trabajadores que no están dentro de la carrera pública y su ingreso a la misma, no se les puede limitar el derecho que adquieren dentro de la existencia real de una relación laboral, pero una vez más se le deniega la estabilidad laboral de un contrato a plazo indeterminado por no haber ingresado por concurso público y con una plaza presupuestada. Además refiere a la Ley N°24041, que al mismo tiempo que señala la permanencia de un trabajador al transcurso de un año para no ser cesado o destituido sino por causas establecidas por otro lado señala que no acceden a este derecho los trabajadores que tengan contratos con labores temporales, pero un trabajador formalmente no podría defenderse amparándose en esta ley si tiene un contrato a plazo determinado.

d. EXPEDIENTE N°1806-2012-CUSCO. Los fundamentos referidos a la estabilidad laboral que expone la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, son los siguientes: “i) *Sexto: Los contratos modales se determinan por su temporalidad y excepcionalidad, en cambio al*

contrato de duración indeterminada se define por la continuidad y permanencia de las labores de un trabajador estable. En ese sentido, la contratación modal es una excepción a la norma general, que se justifica por la causa objetiva que la determina, por consiguiente mientras exista dicha causa podrá contratarse hasta por el límite de tiempo previsto para cada modalidad contractual (...), por lo tanto, puede emplearse distintas modalidades en general, siempre y cuando las circunstancias que determinan la contratación guarden relación con el contrato celebrado; y ii) Décimo: En cuanto a la doctrina nacional contemporánea, con acierto Villavicencio Ríos, sostiene que: “la estabilidad laboral no solo está referida a la terminación justificada de la relación laboral (estabilidad laboral de salida), sino también a la imprescindible congruencia que debe existir entre el carácter de las labores a realizar (permanentes o temporales) y la duración del contrato de trabajo (indefinido o temporal), de manera que en materia laboral se impone el respeto al principio de causalidad en la contratación temporal, que señala que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tiene la misma característica”. Entonces, debe entenderse por estabilidad laboral a una situación que implique la subsistencia necesaria de un contrato de trabajo mientras se mantenga la causa original que le dio vida jurídica, y no otras distintas sobrevinientes a su celebración, conforme al principio de continuidad que debe ser observado por los Jueces laborales en ejercicio de su labor jurisdiccional” (Despido arbitrario, 2012)

Entre estos fundamentos observamos que la correcta suscripción de contratos a pesar de ya estar dada por las leyes especiales, no prevalece y en la realidad laboral los contratos a plazo determinado se han convertido en una regla general y los contratos a plazo indefinido en una excepción, situación que limita la estabilidad

laboral de los trabajadores, que no solo incluye la protección de causa justa de despido, sino también las condiciones correctas de ingreso en un puesto laboral.

Por ello en una convocatoria de empleo no debe obviarse la causa que origina la necesidad del desarrollo de labores, puesto que mientras la causa exista ya sean labores permanentes o temporales, el contrato responderá a una suerte de equivalencia entre el carácter formal de los establecido en sus cláusulas y sus efectos reales.

5.6.2. JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

a. SENTENCIA C-288-2014-COLOMBIA. El precedente jurisprudencial tiene el siguiente texto: “(...) *cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusivo en el mérito y en las calidades de los aspirantes*” (Demanda de Inconstitucionalidad, 2014)

En esta sentencia, los derechos del trabajador sobre intereses de otra índoles prevalecen, lo mismos por las que el Estado tiene la obligación de proteger y en orden prelativo los demás derechos o beneficios como interés social, así como brindar las oportunidades de acceso al empleo. De la misma manera en nuestro país

se ha escrito mucho acerca de los derechos fundamentales, como lo es del derecho al trabajo aunado a ello las condiciones dignas e igualitarias para el ejercicio y goce de estos derechos.

b. SENTENCIA N°258-15-SEP-CC- ECUADOR (CASO N°2184-11-EP)

Se establece el siguiente fundamento: *“Como se puede advertir, el espíritu del legislador es brindar seguridad y protección en el ámbito laboral a toda persona con discapacidad, garantizando a la Ley Orgánica de Servicio Público, Disposición Transitoria Octava CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR Caso N.0 2184-1 1 -EP a través de la exclusión de contratos que no fueran de naturaleza estable o permanente para el cálculo del porcentaje de inclusión laboral, que dichos ciudadanos cuenten con estabilidad laboral. En consecuencia, al año 2014 todas las entidades públicas y privadas que cuentan con un número mayor a 25 trabajadores, deben contar con un mínimo de 4% de personas con discapacidad, incorporadas a través de contratos cuya naturaleza les brinde estabilidad, lo que quiere decir que dentro de ese porcentaje no se encuentran las personas con discapacidad que prestan sus servicios en el sector público a través de la suscripción de contratos ocasionales, pues debido a su naturaleza jurídica, estos no generan estabilidad. No obstante, como refleja el caso concreto, en la práctica las instituciones públicas contratan personas con discapacidad a través de contratos ocasionales que, como se ha señalado, no les brindan estabilidad y que, eventualmente, los puede dejar en estado de vulnerabilidad. Es preciso en este punto entender la especial dificultad que puede tener una persona con discapacidad para encontrar otro trabajo, e inclusive para adaptarse al mismo; en ese sentido, mantener un empleo constituye la forma a través de la cual se asegura a dichos ciudadanos ingresos económicos estables, que les permitan tener una vida*

digna, con acceso a bienes y servicios para su subsistencia y el sostenimiento de su familia” (Acción Extraordinaria de Protección, 2015)

En este país las políticas en materia laboral se deben regir sobre el esfuerzo de otorgar estabilidad en sus trabajadores, es decir de forma progresiva ir dando seguridad a un trabajador en su centro de labor, siendo que los contratos a plazo determinado no lo hacen, esta situación debe mejorar en pro de lograr en la persona una calidad de vida mínima. Como podemos revisar esta sentencia, el caso trata del acceso a la estabilidad laboral de personas discapacitadas; sin embargo podemos observar en comparación con este Estado, en nuestro país también se debe promover la equidad de las personas que laboran según sus capacidades físicas y mentales.

5.6.3. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

a. CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ²¹ Entre los considerandos que la Corte ha emitido, tenemos los siguientes:

“147• En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no

²¹ La sentencia fue emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2017.

proteger a los trabajadores frente al despido improcedente” 149° Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado. 150° Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho” (Caso Lagos del Campo Vs Perú, 2017)

Entre estas consideraciones podemos resaltar la protección al empleo y de no limitar a ninguna persona a su acceso, también enfatizar la necesidad de delimitar al ámbito que se protege con la estabilidad laboral, de establecer medidas en pro de una regulación jurídica que responda a la situación real de los trabajadores y ciertamente la Corte Interamericana ha considerado que no se trata de que un trabajador será “intocable” cuando tiene una relación laboral indefinida, sino de que desde el momento de otorgar derechos a este, estos sean bajo las mismas condiciones y respetando las garantías ante cualquier situación de vulneración. Lo que significa que los trabajadores permanentes deben ser evaluados tanto en conocimientos como en garantizar su buen desempeño dentro de su centro de labor y para el público (como es el caso principalmente del Estado), todos ellos sujetos a

fiscalización de labores, a sanciones prescritas, y al despido (fin de la relación laboral) por causas justificables y bajo un procedimiento establecido.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La estabilidad laboral como uno de los derechos de un trabajador que labora para el Estado dentro del régimen de la actividad privada se ve afectada por el tipo de contrato que suscribe cuando en su desempeño diario realiza labores netamente propias de la función de las sendas instituciones públicas, situación que diferencia a trabajadores que teniendo la misma condición laboral son tratados de forma desigual y que pone en riesgo el sector de trabajo destinado a los servicios que presta el Estado a los usuarios, que serían toda la población. Y en un marco internacional a través del control de convencionalidad el derecho a la estabilidad laboral no cumple los fines de coadyuvar el derecho a la dignidad de la persona que debe ser protegida en condiciones justas y equitativas sin excepciones, de tal forma que la designación del personal para una institución pública tienda a ser más responsable.

SEGUNDA

La regulación jurídica sobre la estabilidad laboral en nuestro país ha tenido un desarrollo inconstante, esto debido a que inicialmente no existía una protección normativa plena y uniforme para los trabajadores, los gobiernos de turno han ido modificando la situación de estabilidad laboral, esta era flexible para posteriormente ser absoluta y actualmente con la Constitución Política de 1993 la estabilidad laboral es relativa, dándole protección al trabajador que se

encuentra bajo el régimen laboral de la actividad privada que labora en el sector público después de haber sido despedido con el pago de una indemnización.

TERCERA

La comunidad internacional considera a la estabilidad laboral como un derecho que todo trabajador debe gozar sin limitaciones de ningún tipo a través de todos los derechos que protegen a un trabajador, es decir recibiendo igual trato ante las mismas condiciones laborales en la que se desenvuelve en su centro laboral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha pronunciado respecto a la posición que mantiene para que no se afecte el derecho a la estabilidad laboral protegiendo siempre los derechos fundamentales de la persona y el acceso al empleo público para optimizar la organización administrativa.

CUARTA

Las consecuencias que se producen cuando un trabajador labora en condiciones que no le corresponden de acuerdo a la labor que desarrolla en su centro de labor y más aún cuando este hecho afecta su derecho a la estabilidad laboral y otros beneficios que pudiera recibir, son básicamente jurídicas (desigualdad de trato, desnaturalización de contrato, e inseguridad normativa), sociales (proyección de vida personal y familiar, estrés) y económicas (flujo normal de dinámica de la economía social) , y todas ellas que perjudican la seguridad de un trabajador en su centro de labor.

QUINTA

La opinión coincidente de los expertos es que a pesar de no existir diferencias sustanciales de los beneficios sociales que reciben los trabajadores que laboran a plazo determinado con los que lo hacen a plazo indeterminado, la estabilidad laboral marca una limitación para los trabajadores que suscriben contratos a plazo determinado cuando las labores que realizan son de naturaleza indefinida, este derecho no se trata solo de que un trabajador se encuentre seguro en su puesto de trabajo sino también afecta su entorno que se ve desprotegido por un Estado que debiera tener una tendencia a otorgar mayores beneficios a los trabajadores a pesar de existir normativa supranacional sobre derechos fundamentales de la persona como tal.

SEXTA

La jurisprudencia ha establecido en sus diferentes sentencias, que la estabilidad laboral de entrada es un derecho que se protege para que el trabajador pueda tener la certeza de que la labor que realiza sea bajo las condiciones adecuadas y sin discriminación de ningún tipo, toda vez que los empleadores deben prever que tipo de contratos suscriben con sus trabajadores, ello a pesar de la protección que se otorgan a los derechos laborales por mecanismos internacionales.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral así como la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo que conjuntamente tienen que verificar el cumplimiento de que el Estado contrate a sus trabajadores en el régimen que le corresponde a la actividad que desarrollarán dentro de su centro de labor, para que de esta manera a los trabajadores no se les vulnere el derecho a la estabilidad laboral que otorga un contrato a plazo indefinido. De tal forma que se cumpla la suscripción de contratos para las plazas de naturaleza permanente con las de duración temporal para que las sendas instituciones realicen la contratación de su personal dándoles el mismo trato a los que realizan la misma labor.

SEGUNDA: Recomendamos al Poder Legislativo que se encarga de legislar además de muchas otras materias, respecto de la contratación laboral para trabajadores del sector público bajo el régimen privado, garantizar a través de normas legales que los trabajadores suscriban contratos con su empleador de modo que se respeten sus derechos y beneficios laborales, para que de esta forma se protejan los mismos sin que medie afectación en el caso concreto a la estabilidad laboral.

TERCERO: Así también recomendamos al Poder Judicial, tener en cuenta los parámetros considerados por los instrumentos internacionales para no dejar de administrar justicia en base, a como ya hemos mencionado, los principios de causalidad, progresividad, de igualdad de trato, primacía de la realidad y otros conexos que no solo

protegen la condición de un trabajador sino a la dignidad de la persona misma como un derecho universal.

CUARTO: Se recomienda a los jefes de las Oficinas encargadas de la contratación del personal para la Institución Pública (sea Oficina de Personal, Potencial Humano, Recursos Humanos u otra denominación), la coordinación necesaria para definir según las leyes que regulan la contratación laboral las plazas que corresponden a cada Régimen de contratación y convocar a concurso público de acuerdo a la ley en pro del trabajador.

QUINTO: Se recomienda a todos los abogados expertos en Derecho Laboral que litigan ante el órgano jurisdiccional defendiendo derechos laborales, que en el desarrollo de su profesión impulsen la protección de estos derechos a través de sus defensas en base a la Constitución Política, como carta fundamental del Estado que integra una regulación supranacional a través del Control de Convencionalidad.

SEXTO: Finalmente se recomienda al Tribunal Constitucional así como a la Corte Suprema de Justicia del país, como los más altos tribunales para emitir jurisprudencia realizar pronunciamientos sobre un análisis crítico referido a la estabilidad laboral dentro del sector público en base a los principios protectores y aplicando el Control de Convencionalidad al trabajador en la contratación laboral.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acción de Amparo, 1124-2001 (Tribunal Constitucional 11 de Julio de 2002).

Acción de Amparo, 1874-2002 (Tribunal Constitucional 19 de Diciembre de 2003).

Acción Extraordinaria de Protección, 258-15-SEP-CC- ECUADOR (Corte Constitucional Octubre de 2015). Obtenido de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=258-15-SEP-CC>

Alexy, R. (1993). *Teoria de los derechos fundamentales*. Obtenido de Cuestiones Constitucionales : <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5822/7695>

Arce, E. (2006). *Estabilidad laboral y contratos temporales* . Lima: Pontificia Universidad Catolica del Perú .

Aspectos esenciales del Derecho al Trabajo, 20602-2016 (Corte Superior de Justicia de Lima 02 de Julio de 2019). Obtenido de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Expediente-20602-2016-0-1801-JR-LA-07-Legis.pe_.pdf

Autoridad Nacional del Servicio Civil. (s.f.). Obtenido de <https://www.gob.pe/servir>

Barranco, J. M. (s.f.). *El contrato de trabajo aspectos generales contenido y formalidades*. Recuperado el agosto de 2018, de <http://www.eumed.net/libros/img/portadas/1678.pdf>

Blancas, C. (2007). *Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Blancas, C. (2012). Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 384-402. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2839>

- Boza, G. (2014). Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo. *Themis*, 328. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_065.pdf
- Caso Lagos del Campo Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2017). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf
- Castillo, J., Belleza, M., Evelin, C., Rossanna, R., Vargas, T., Dávila, C., . . . Pineda, L. (2010). *Compendio de Derecho Laboral Peruano*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante S.A.C.
- Castillo, J., Tovalino, F., & Pineda, L. (2012). *Compendio de Derecho Laboral Peruano*. Lima : EBC Ediciones .
- Cavani, R. (28 de Julio de 2015). *ISSUE*. Obtenido de Todavía sobre Huatuco "control de convencionalidad" e "independencia judicial": https://issuu.com/renzo.cavani/docs/ius360_-_huatoco__renzo_cavani__
- Ccatamayo, K. (2018). El derecho a la estabilidad laboral en los contratos suscritos al amparo del artículo 82 de la ley de productividad y competitividad laboral . *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Perú.
- Chanamé, R. (2002). *Diccionario Jurídico moderno*. Lima: Gráfica Horizonte S.A.
- Colección JUS Público . (2016). La génesis del Control de Convencionalidad. *El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Católica de Colombia.
- Colección JUS Público. (Diciembre de 2016). El Control de Convencionalidad: Aspectos Generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano. *El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e Implementación desde el sistema interamericano* . Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos . (Noviembre de 2017). Una aproximación a las relaciones e influencias entre los derechos humanos y los derechos laborales. *Los derechos humanos laborales*, 537.

Conde, J. (1996). Percepción de los efectos del cambio tecnológico en la estabilidad laboral y su repercusión en algunas dimensiones del bienestar psicológico . *Universidad de Salamanca*. España.

Contrato Administrativo de Servicios. (27 de Junio de 2008). *Decreto Legislativo(1057)*.

Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). *Pacto de San Jose de Costa Rica* . San José, Costa Rica .

Corte Suprema de Justicia de la República. (Mayo de 2014). II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral. Lima. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f9f0668044994eb49c71bc297173aa5c/Informe+y+Acta+II+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+Materia+Laboral.pdf?MOD=AJPERES>

De los Heros, A. (2014). Diagnóstico: La reforma laboral y las políticas necesarias en el Perú. *Themis*, 328. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_065.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). Paris.

Demanda de Inconstitucionalidad, C-288-2014-COLOMBIA (Corte Constitucional Mayo de 2014).

Despido arbitrario, 1806-2012 (Corte Superior de Justicia de la República 03 de Setiembre de 2012). Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4768ec004f676db6aeb4ee150a5eea1e/CAS.%2BLAB.%2B1806-2012%2B-%2BCUSCO.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4768ec004f676db6aeb4ee150a5eea1e>

Dirección del Trabajo de Chile. (6 de Febrero de 2019). *Dirección del Trabajo de Chile*. Recuperado el 25 de Febrero de 2019, de <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-103245.html>

Figuroa, H. (s.f.). *Diccionario Jurídico*. Lima: MV Fenix.

García, D., & Palomino, J. (Mayo de 2012). *Pensamiento Constitucional PUCP*. Obtenido de El control de convencionalidad en el Perú:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955>

Goldin, A. (2014). Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio. *Themis*, 328. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_065.pdf

Gordillo, R. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*. (F. d. Administrativo, Ed.) Obtenido de Teoría general del Derecho Administrativa: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf

Gutierrez, L. M. (s.f.). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. *Revista IIDH*. Recuperado el Enero de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36283.pdf>

Haro, J. (2013). *Derecho Individual del Trabajador*. Lima: Ediciones Legales.

Invalidez del Contrato Administrativo de Servicios, 01349-2018 (Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo 15 de Julio de 2019).

Jiménez, L., Quispe, M., Fernández, C., & Pérez, K. (2015). *Manuel práctico laboral del régimen de la actividad privada*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (1997). *Decreto Legislativo(728)*.

Ley del procedimiento administrativo general. (10 de abril de 2001). *Ley N°274444*. Lima, Perú. Obtenido de <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Ley-de-Procedimiento-Administrativo-de-PersonalLey27444.pdf>

Ley del Servicio Civil. (3 de Julio de 2013). (30057). Obtenido de <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30057.pdf>

Marque, M., Quispe, G., & Villanueva, M. (2016). La estabilidad laboral y su relación con el desempeño laboral de los trabajadores en la municipalidad provincial de Huánuco – 2013 . *Universidad Nacional Hermilio Valdizán* . Perú.

Nogueira, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. *UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1220.

- OIT. (2018). Promoviendo el tripartismo y las Normas Internacionales del Trabajo para la prevención y protección contra formas inaceptables de trabajo. *Perú programa de acción 2018-2019 rumbo al Centenario*, 3. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_639726.pdf
- Ojeda, A., & Gutierrez, M. (2014). La flexiseguridad como paradigma de las Políticas de Empleo en Europa; revisión crítica. *Themis*, 328. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_065.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). Obtenido de <https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>
- Pérez, J., & Merino, M. (2013). *Definición*. Recuperado el 25 de Febrero de 2019, de <https://definicion.de/proteccion/>
- Pontificia Universidad Católica de Argentina. (Octubre de 2015). La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia iuris*. Argentina. Obtenido de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>
- Principio de primacía de la realidad, 1308-2016 (Corte Suprema de Justicia de la República 19 de Octubre de 2017). Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/02/Legis.pe-CASACION-1308-2016-Del-Santa.pdf>
- Proceso de Amparo, 1124-2001 (Tribunal Constitucional 11 de Julio de 2002). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>
- Proceso de Amparo, 1874-2002 (Tribunal Constitucional 19 de Diciembre de 2003).
- Proceso de Amparo, 0016-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional 18 de Agosto de 2010).
- Proceso de Amparo, 03683-2012 (Tribunal Constitucional 10 de Diciembre de 2012).
- Proceso de Amparo, 05650-2009 (Constitucional 03 de Julio de 2014). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05659-2013-AA.pdf>
- Proceso de Amparo, 03267-2012 (Tribunal Constitucional 10 de Diciembre de 2015).

Protocolo de San Salvador. (05 de Junio de 2007). *Protocolo Adicional a la Convención Americana* . San Salvador, El Salvador.

Real Academia Española. (s.f.). Recuperado el Enero de 2019, de <https://www.rae.es/>

Reyes, J. (2016). *Administración pública y derechos humanos: el caso de los consumidores de los servidores públicos* . Obtenido de Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría: <file:///C:/Users/Dialnet-AdministracionPublicaYDerechosHumanos-6622382.pdf>

Rivera, H. (13 de Abril de 2017). *ISSUU*. Obtenido de Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : https://issuu.com/heinerantonioriverarodriguez/docs/control_de_convencionalidad_en_la_j

Rodrigo, F. (2016). Contratación y subcontratación de Obras y Servicios y Estabilidad en el Empleo . *Universidad de Valencia*. España.

Rojas, P. (2015). *Administración pública y los principios del derecho administrativo en el Perú*. Obtenido de Revista digital de Derecho Administrativo: <file:///C:/Users/Dialnet-AdministracionPublicaYLosPrincipiosDelDerechoAdmin-5165147.pdf>

Ruiz, L. (2016). La desnaturalización del contrato de locación de servicios sujeto a plazo en un contrato de trabajo sujeto a modalidad en la legislación peruana. Análisis a la luz de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad . *Universidad Católica San Pablo*. Perú.

Saldaña, H. (2016). Efectos de la contratación laboral a plazo determinado, en las organizaciones sindicales en el Perú. *Universidad Nacional de Trujillo*. Trujillo, Perú.

Servat, R. (2006). Empleo Público: una tarea pendiente. *Juridica* , 9.

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. (Febrero de 2010). La reforma del empleo público en el Perú. *Laborem Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 26.

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. (Octubre de 2015). VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Estabilidad en el empleo, Fiscalización Laboral, Jubilación Laboral de trabajadores independientes y el Arbitraje en la Negociación Colectiva*. Arequipa, Perú: El búho EIRL.

Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. (2019). *Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral*. Obtenido de <https://www.sunafil.gob.pe/>

Terry, M., Nuñez, W., & Aranibar, J. P. (Octubre de 2017). Propuesta de un sistema de selección de funcionarios de la alta dirección de los ministerios del Perú. Obtenido de

https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/622786/Terry_hm.pdf?sequence=5&isAllowed=y

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*. Lima, Perú.

Toyama, J., & Vinatea, L. (2015). *Guía laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.

Villavicencio, A. (2008). *La contratación laboral en el Perú*. Lima: Grijley.

Witker, J. (1995). *Metodología de la Investigación Jurídica*. México: Universidad Autónoma de México (UNAM).

NORMAS LEGALES CONSULTADAS

- Constitución Política del Perú de 1993
- Constitución Política del Perú de 1979
- Ley Marco del Empleo Público - Ley N°28175
- Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público – Decreto Legislativo N° 276.
- Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N°003-97-TR.
- Decreto Legislativo 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.
- Ley N°29849 (Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales.
- Decreto Legislativo 1246 – Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de Simplificación Administrativa
- Decreto Supremo N°001-96-TR – Reglamento de la Ley del Fomento del Empleo.
- Declaración Universal de Derechos Humanos

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Protocolo Adicional de San Salvador
- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.
- Ley del Servicio Civil – Ley N°30057

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

PROYECTO DE LEY N°01-2020

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ QUE ESTABLECE LA PROTECCIÓN ANTE EL DESPIDO

La ciudadana Sumac Chaska Yabar Puma en el ejercicio del derecho a iniciativa de reforma constitucional contemplado en el artículo 31 de la Constitución Política y el literal a) del artículo 2 de la Ley 26300, se formula la siguiente propuesta de reforma constitucional:

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto incorporación de la estabilidad laboral para proteger los derechos de las personas respecto al ingreso a un puesto laboral. En ese sentido se realiza la propuesta de modificar el artículo 27 de la Constitución Política del Perú

Artículo 2. Modificación del artículo 27 de la Constitución Política

Modifíquese el artículo 27 de la Constitución Política, conforme el siguiente texto:

“Protección de la estabilidad laboral. El Estado reconoce la estabilidad laboral en condiciones justas y equitativas para el acceso al empleo y le otorga al trabajador adecuada protección contra el despido”

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Vigencia

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario oficial El Peruano.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa de reforma constitucional no produce gastos en el Tesoro Público, por otro lado los beneficios de la modificación de este artículo para la protección plena de la estabilidad laboral (de entrada y de salida) y de esta forma la modificación de leyes y mecanismos que se usarán tendrán que desarrollar mayor fuerza en su aplicación hasta llegar a la efectividad de los derechos conexos derivados de la estabilidad laboral.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La presente fórmula reformativa coadyuvará a la eficiencia en la aplicación de mecanismos para la protección de la dignidad de la persona, a través de garantizar la igualdad de condiciones para el ingreso de trabajadores a un puesto laboral así como al término de la relación laboral, de modo que nuestra legislación interna puede estar en concordancia con los tratados internacionales que protegen derechos de los trabajadores.

ANEXOS

ANEXO N° 1

ENTREVISTA ESTRUCTURADA A EXPERTOS RESPECTO DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN LOS CONTRATOS A PLAZO DETERMINADO

- 1. ¿CONSIDERA USTED QUE LOS TRABAJADORES QUE LABOREN BAJO LA MODALIDAD DE CONTRATOS A PLAZO DETERMINADO EN EL SECTOR PÚBLICO TIENEN MENORES VENTAJAS ECONÓMICAS Y SOCIALES QUE TRABAJADORES CONTRATADOS A PLAZO INDETERMINADO?**
- 2. ¿PIENSA USTED QUE EN LOS CONTRATOS A PLAZO DETERMINADO SE AFECTA AL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL A LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO?**
- 3. DENTRO DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO ¿DEBERÍA PROVEERSE NORMATIVAMENTE LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO AL TRABAJO MEDIANTE LA ESTABILIDAD LABORAL A PARTIR DE UN ANÁLISIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?**

ANEXO N° 2

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGIA
<p>Principal:</p> <p>¿Cómo afecta la suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad?</p>	<p>General:</p> <p>Determinar si la suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado afecta al derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad.</p>	<p>La suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado afecta el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad.</p>	<p>Categoría 1°:</p> <p>Derecho a la estabilidad laboral</p> <p>Categoría 2°:</p> <p>Contrato a plazo determinado</p> <p>Categoría 3°:</p> <p>Control de Convencionalidad</p>	<p>Enfoque de investigación:</p> <p>Cualitativo.</p> <p>Tipo de investigación jurídica:</p> <p>Dogmática exploratoria.</p>

ANEXO N°3

MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN DE INFORMACIÓN

ÍTEMS	CATEGORÍAS	CODIFICACIÓN	SEGMENTO (UNIDAD DE ANÁLISIS)
Regulación jurídica del derecho a la estabilidad laboral en el Perú	Flexibilización laboral	<ul style="list-style-type: none"> - Contexto histórico - Evolución normativa - Protección constitucional 	<ul style="list-style-type: none"> - Leyes de flexibilización laboral - Afectación a la estabilidad laboral - Protección a la empleabilidad - Derechos conexos
	Regulación normativa		
	Estabilidad laboral		
La estabilidad laboral desde un ámbito internacional a partir del Control de Convencionalidad	Instrumentos	<ul style="list-style-type: none"> - Incidencia a nivel nacional - Ratificación de Instrumentos - Aplicación de mecanismos internacionales 	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración de Derechos Humanos - Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales. - Convención Americana de Derechos Humanos. - Protocolo de San Salvador - Organización Internacional de Trabajo (OIT)
	Organizaciones Internacionales		

	Legislación interna		- Control de Convencionalidad Difuso y Concentrado.
	Control de Convencionalidad		
Contratación laboral en el sector público	Contratos laborales a plazo determinado	Contratos modales	<p>Definición</p> <p>Naturaleza Jurídica</p> <p>Tipos de contratos modales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - De naturaleza temporal <ul style="list-style-type: none"> o Por inicio o lanzamiento de una nueva actividad. o Por necesidad de mercado o Por reconversión empresarial. - De naturaleza accidental <ul style="list-style-type: none"> o Ocasional o De suplencia o De emergencia - De obra o servicio <ul style="list-style-type: none"> o Especifico o Intermitente o De temporada
	Contratos laborales a tiempo parcial		
	Contratos laborales a plazo indeterminado	Contrato administrativo de servicios	<ul style="list-style-type: none"> - Definición - Naturaleza jurídica - Características: <ul style="list-style-type: none"> o Transitorio o Privativo del Estado o Por necesidad pública - Desarrollo normativo e histórico - Servidor Público

	Desnaturalización de contratos	Consecuencias de desnaturalización	- Situación de la relación laboral
	Regulación normativa	- Regulación jurídica de contratos modales - Regulación Jurídica del CAS	- Derechos otorgados - Extinción del contrato
La jurisprudencia sobre la protección de la estabilidad laboral en los contratos a plazo determinado	Jurisprudencia	- Jurisprudencia nacional - Jurisprudencia del derecho comparado	- Jurisprudencia - Precedente vinculante
	Análisis de fundamentos	- Jurisprudencia internacional	

ANEXO N°4

MATRIZ DE VALIDACIÓN DE CONTENIDO

	OBJETIVOS	RESULTADOS
Objetivo general	<p>Determinar si la suscripción de contratos de trabajo a plazo determinado afecta al derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público al año 2018 desde un análisis a través del Control de Convencionalidad.</p>	<p>Efectivamente la vulneración a la estabilidad laboral se verifica en la indebida contratación a plazo determinado, porque a pesar de que las labores que realice el trabajador sean permanentes, el empleador lo coloca en una situación desigual ante los demás trabajadores que si tienen un contrato a plazo indeterminado y que pueden tener más beneficios. se ve agravado cuando es el mismo Estado quien por falta de criterio para proteger al trabajador, no les da trato igualitario, esto en las distintas instituciones públicas, entonces la primera reflexión es sobre la condición del trabajador que no puede acceder a una relación de trabajo indefinidamente , y por tanto la estabilidad que tendrá será solamente el tiempo que se determine en su contrato, después de ello, pasará a un estado de desempleo generando un círculo perjudicial en cada caso particular de todos los trabajadores en la misma situación. A nivel internacional el panorama crece respecto a la protección de derechos laborales que no se limitan a la normativa positiva de cada Estado, es por ello que el estudio a través de un Control de Convencionalidad amplia la posibilidad de ofrecer garantías a una persona que quiere acceder a un puesto de trabajo.</p>
Objetivos específicos	<p>Conocer cómo se ha regulado jurídicamente el derecho a la estabilidad laboral en el Perú.</p>	<p>El reconocimiento de la estabilidad laboral en la normativa jurídica ha sido cambiante, esto porque en los gobiernos de turno se le ha dado mayor o menor importancia a este derecho. Con la Constitución de 1993, el gobierno de turno ha flexibilizado la situación de los trabajadores al darles protección después de ser despedidos, aunque en el caso particular de trabajadores del sector público no pueden ser repuestos sino han ganado un concurso público y con una plaza presupuestada, como se ha establecido en el precedente vinculante Huatuco Huatuco (Expediente N°05057-2013-AA/TC)</p>

	<p>Precisar la consideración que se da a la estabilidad laboral en la legislación internacional a partir del Control de Convencionalidad.</p>	<p>Entre la comunidad internacional ha tenido gran incidencia en los Estados para proteger los derechos fundamentales de la persona, por ello tenemos: a) Declaración de Derechos Humanos; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; c) Convención Americana de Derechos Humanos; d) Protocolo de San Salvador; y e) Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Una vez determinados los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte, el Control de Convencionalidad ingresa a modificar la legislación interna si fuese necesario para proteger, en este caso, el derecho a la estabilidad laboral a través de promover la igualdad de trato.</p>
		<p>1. Consecuencias Jurídicas</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Cuando dos trabajadores realizan las mismas labores de naturaleza permanente para la institución, no se justifica el hecho de que hayan suscrito contratos distintos, situación que contravendría el principio de igualdad ante la Ley, de trato y de oportunidades, de tal manera que se ha creado una clara distinción entre los trabajadores al ser contratados bajo un contrato que no corresponde a las labores que desarrollan a diario, y que han sido condicionados a un plazo manteniéndose en la inestabilidad laboral. b. Desnaturalización de contratos, existen cuatro causales de desnaturalización contemplados en el art. 77 del Decreto Legislativo N°728. c. Derechos colectivos en el caso de trabajadores que laboran bajo un contrato a plazo determinado, no pueden gozar de estos a plenitud ya que están condicionados a un plazo para el término de su relación laboral, y ser parte de un sindicato y justamente razones de tiempo en la institución pública hacen que los sindicatos a su vez se vean debilitados en organización y funcionamiento.

<p>Establecer las consecuencias jurídicas, sociales y económicas que se derivan para el trabajador en las contrataciones a plazo determinado.</p>	<p>2. Consecuencias Sociales</p> <ul style="list-style-type: none"> a. A nivel personal. La incertidumbre de no saber si volverán a contratar a un trabajador al término de su contrato, puede desembocar en ansiedad y estrés que no permite al trabajador desempeñarse con normalidad b. A nivel familiar. Muchos de los trabajadores tienen bajo su responsabilidad el mantenimiento de su familia, tienen hijos que requieren de condiciones básicas para su desarrollo, y el hecho de no contar con estabilidad laboral que ofrece el contrato a plazo indeterminado, es una cuestión que afecta su entorno familiar y social. <p>3. Consecuencias Económicas</p> <ul style="list-style-type: none"> a. El uso indebido de la contratación a plazo determinado y más si se habla del Estado como empleador que tendrá que ser el primer protector de derechos del trabajador, trae consigo no solo inestabilidad laboral sino económica ya que se ve afectado incluso desde antes de la contratación, el proyecto de vida para aquella persona que pudiendo optar por un puesto de trabajo a plazo indefinido lo hace por uno a plazo determinado ello en razón a que cada institución del Estado establece sus plazas y la condición que cada uno de estos tendrá. b. las expectativas que tiene el trabajador en su proyecto de vida, lo que nos lleva a deducir que al no tener estabilidad laboral indefinida no puede acceder a préstamos a mediano y largo plazo que conllevarían a tener una deuda y a ser pasible de adquirir bienes a su nombre, toda vez que la entidad financiera no puede correr riesgos para el cobro del dinero prestado.
<p>Conocer la percepción que tienen los expertos respecto a la afectación del derecho a la estabilidad laboral en los</p>	<p>Entrevista N° 1: Abogada María Angélica Miranda Ayerbe (Comentario)</p> <p>La referencia que nos proporciona la entrevistada es que ya sea contratos a plazo determinado como indeterminado, los trabajadores pueden tener los mismos beneficios, una razón más por la cual no se explica que el Estado en su rol social no opta por tratar a los trabajadores que tendrían que haber suscrito un contrato a plazo indefinido y por el contrario se les diferencia al contratarlos a plazo determinado. Y si es el mismo Estado el que toma estas acciones en contra de los derechos del trabajador, la estabilidad laboral indefinida no tendría siquiera cabida ante esta situación de vulnerabilidad.</p>

<p>contratos a plazo determinado con perspectiva en el Control de Convencionalidad.²²</p>	<p>Entrevista N°2 Abogado Néstor Abel Olarte Montes</p> <p>(Comentario)</p> <p>En esta segunda entrevista hemos contrastado la realidad que es iniciada claramente por la aplicación de leyes que desde nuestra carta magna hacen que el trabajador se encuentre sin protección para otorgarle estabilidad laboral, ya que muchas veces los beneficios sociales que recibe a pesar de no diferir de trabajadores que se encuentran a plazo indeterminado, pues es una situación de inseguridad, que el mismo Estado promueve, y ciertamente bajo la operatividad del principio de progresividad un trabajador debería recibir mayores beneficios frente a una clara desigualdad frente a su empleador más aún si este es el Estado.</p> <p>Entrevista N° 3: Abogada Katia Maribel Virto Concha</p> <p>(Comentario)</p> <p>En esta entrevista hemos podido observar que no solo se trata de brindar protección a los trabajadores en el sentido de la contratación laboral, la estabilidad laboral va más allá de criterios de contratos y plazos, sino que al ser un derecho de carácter social, pues merece un tratamiento concienzudo, que no se puede tomar con ligerezas, debido a que, tal como se expone, este derecho no se puede limitar por una simple formalidad como se viene haciendo con los trabajadores del régimen de la actividad privada que laboran en el sector público.</p>
	<p>1. Jurisprudencia nacional</p> <p>EXPEDIENTE N°1124-2001/AA-TC. En esta sentencia se ha establecido que si el Estado debe orientar las políticas a la mejora del empleo, entonces lo debe hacer en las mismas condiciones y con un trato igualitario, siempre de forma progresiva tal como expone el Tribunal Constitucional.</p>

²² Entrevistas realizadas según el cuestionario de preguntas abiertas del ANEXO N°1

Precisar cuál es la posición de la jurisprudencia respecto al derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores en el sector público.

EXPEDIENTE N° 1308-2016-DEL SANTA. A través de esta sentencia a pesar de que el Tribunal ha aclarado la situación de los trabajadores que no están dentro de la carrera pública y su ingreso a la misma, no se le puede limitar respecto del derecho que tienen de la relación laboral, siendo de este modo, un trabajador debe ser protegido desde los derechos que le otorga la Constitución Política.

EXPEDIENTE N° 1806-2012-CUSCO. Entre estos fundamentos observamos que la correcta suscripción de contratos a pesar de ya estar dada por las leyes especiales, no prevalece y en la realidad laboral los contratos a plazo determinado se han convertido en una regla general y los contratos a plazo indefinido en una excepción, situación que limita la estabilidad laboral de los trabajadores, que no solo incluye la protección de causa justa de despido, sino también las condiciones correctas de ingreso en un puesto laboral.

2. Jurisprudencia del derecho comparado

SENTENCIA C-288-2014-COLOMBIA. En este caso prevalecerá los derechos del trabajador sobre intereses de otra índoles, lo mismos por las que el Estado tiene la obligación de proteger y en orden prelativo los demás derechos o beneficios como interés social, así como brindar las oportunidades en cada caso.

SENTENCIA N° 258-15-SEP-CC- ECUADOR. En este país las políticas en materia laboral se deben regir sobre el esfuerzo de otorgar estabilidad en sus trabajadores, es decir de forma progresiva ir dando seguridad a un trabajador en su centro de labor, siendo que los contratos a plazo determinado no lo hacen, esta situación debe mejorar en pro de lograr en la persona una calidad de vida mínima.

3. Jurisprudencia internacional

CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ. Entre estas consideraciones podemos resaltar la necesidad de delimitar al ámbito que se protege con la estabilidad laboral, y ciertamente la Corte Interamericana ha considerado que no se trata de que un trabajador sería intocable cuando tiene una relación laboral indefinida, sino de que desde el momento de otorgar derechos a este, estos sean bajo las mismas condiciones y respetando las garantías ante cualquier situación de vulneración.

ANEXO N°5

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo SUMAC CHASKA YABAR PUMA, Identificada con D.N.I. 77416030, en mi condición de bachiller de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, autora de la Tesis intitulada: **“CONTRATOS DE TRABAJO A PLAZO DETERMINADO Y EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO AL AÑO 2018 DESDE UN ANÁLISIS A TRAVÉS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ”**

DECLARO QUE:

El tema de este trabajo de tesis tiene carácter de original, por tanto, las fuentes bibliográficas, resúmenes, tesis de referencia, cuadros u otra ilustración ya sea física o virtual utilizada en este trabajo han sido citados respetando los derechos de autor.

De modo tal, estoy consciente que el incumplimiento de esta declaración será objeto de las sanciones legales que correspondan.

Cusco, 16 de agosto de 2019

Tesista: Sumac Chaska Yabar Puma

D.N.I. 77416030