

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**ESCUELA DE POST GRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10º DEL D.S. Nº 003-97-TR LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 728) EN RELACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES QUE INGRESAN MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO EN EL PERÚ, PERIODO 2013 - 2014.**

**Tesis Presentado por la bachiller:**

**MARÍA ELENA CÓRDOVA SALAS**

**Para optar el Grado Académico de:**

**MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AREQUIPA – PERÚ**

**2014**



A mis padres  
como testimonio de mi eterna gratitud



"El derecho del obrero  
no puede ser nunca el odio al capital;  
es la armonía, la conciliación,  
el acercamiento común de uno y del otro"

José Martí

## ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
PRESENTACIÓN	3
INTRODUCCIÓN	5

### CAPITULO I

#### LA IGUALDAD DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Antecedentes históricos	7
2. Regímenes de contratación de personal en el Perú	12
2.1. Régimen Laboral Público	13
2.2. Contratación Administrativa de Servicios (CAS)	15
2.3. Régimen Laboral Privado	16
3. Organización del régimen laboral de la actividad privada	19
3.1. Selección	20
3.1.1. El origen del concurso	20
3.1.2. El modo del concurso	21
3.1.3. La finalidad del concurso	21
3.1.4. El principio de mérito y capacidad	21
3.1.5. El proceso de selección	24
3.1.6. Los sistemas de selección	26
3.2. Capacitación	29
3.3. Promoción	30
3.4. Evaluación	30
3.5. Remuneraciones e incentivos	31
3.6. Desvinculación	32
4. El contrato de trabajo	32
5. Requisitos de contrato de trabajo	33
6. Características del contrato de trabajo	34
7. Extinción del contrato de trabajo por despido	34
7.1. El despido justificado	35
7.2. El despido arbitrario	35
7.3. El despido nulo	35
7.4. El despido indirecto	35
8. El principio de continuidad	36
9. Antecedentes de la estabilidad laboral	37
10. La estabilidad laboral	41
11. Naturaleza jurídica de la estabilidad laboral	44

12. Estabilidad laboral absoluta y relativa	45
12.1. La estabilidad absoluta	45
12.2. La estabilidad relativa	45
13. Estabilidad laboral de inicio y de salida	46
14. El periodo de prueba	47
15. Objetivo del periodo de prueba	50
16. Características del periodo de prueba	51
17. Consecuencias derivadas de la interrupción del periodo de prueba	52
18. Regulación jurídica del periodo de prueba en el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral	53
19. Naturaleza jurídica del periodo de prueba	56
20. Justificación del periodo de prueba	57
21. Formalidad para el periodo de prueba	58
22. Duración y prórroga del periodo de prueba	58
23. Efectos del periodo de prueba	62
24. La extinción del periodo de prueba	63
25. Exoneración del periodo de prueba	63
26. Particularidades del periodo de prueba	64
27. El principio de igualdad en sentido amplio	66
28. La paradoja de la igualdad	68
29. Los mandatos derivados del principio de igualdad	70
30. La igualdad ante la Ley	72
31. La igualdad en la aplicación de la Ley	73
32. La igualdad ante la Ley como exigencia de generalidad	74
33. La igualdad ante la Ley como exigencia de equiparación	75
34. Derecho a la igualdad en el acceso a la función pública	76
35. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al derecho a la igualdad	79
36. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	81
37. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al derecho del trabajo	82
38. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al derecho a la igualdad	87
39. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad	94
40. Necesidad de modificar el artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR	98

## CAPÍTULO II

### ANÁLISIS ESTADÍSTICO

1. Análisis estadístico	110
2. Estadísticas de empleo en la Función Pública (SERVIR)	112

3. Concurso Público de Méritos 001–2013–CG	121
4. Encuesta a empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014	128
CONCLUSIONES	149
RECOMENDACIONES	151
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	153
ANEXOS	158



## RESUMEN

A principios de la década de los años 90 del siglo próximo pasado, con la dación del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo, se dio paso a un sistema laboral mixto en relación a los empleados que prestan servicios para el Estado.

Se creó así la figura de los trabajadores de las empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, régimen al que progresivamente se fueron sumando cada vez más entidades públicas; a tal punto, que actualmente comprenden a los propios poderes del Estado y organismos autónomos. Ello originó que gran parte de los trabajadores del Estado se rijan por normas distintas al Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público) hecho que conlleva a un desorden en la administración pública, en la medida que cada régimen implica una distinta regulación para los servidores públicos.

La presente investigación se encuentra enmarcada dentro del contexto del periodo de prueba laboral al que están sometidos los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada regida actualmente por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo).

Inicialmente el citado Decreto Legislativo N° 728 preveía en el inciso a) del artículo 44° la exoneración del periodo de prueba para Los trabajadores que ingresaban por concurso. Posteriormente en 1995 mediante la Ley N° 26513 se deroga el citado artículo, obligando a los servidores públicos (sin carrera administrativa) a someterse al periodo de prueba laboral pese a haber ingresado por concurso, hecho que vulnera derechos fundamentales de los trabajadores como veremos en el transcurso de la investigación.

## ABSTRACT

At the beginning of the decade of the 90s in the next century past, with the promulgation of the Legislative Decree N° 728 of the Employment Promotion Act, gave way to a mixed labor system in relation to the employees who provide services for the State.

They had thus created the figure of workers in State enterprises subject to the rules governing work in the private sector activity, gradually that the regime were added increasingly public entities; to the point, which currently include the powers of the State and autonomous agencies. This gave rise to much of the workers of the State are governed by different rules to the Legislative Decree N° 276 (Law on foundations of Administrative Career and Public Sector Remuneration) fact that leads to a disorder in the public administration, to the extent that each scheme involves a different regulation for public servers.

The present investigation is framed within the context of the trial period work to which they are subjected the servers public subject to the rules governing work in the private sector currently governed by the D. S. N° 003-97-TR Act Labor Productivity and Competitiveness (TUO of Legislative Decree N° 728 of the Employment Promotion Act).

Initially this Legislative Decree N° 728 provided for in subparagraph a) of article 44° the exoneration of the probationary period for workers who entered by competition. Later in 1995 by the Law N° 26513 repealing the cited article, forcing the public servers (without administrative career) to be submitted to the trial period work despite having entered through competition, a fact that violates fundamental rights of workers as we shall see in the course of the investigation.

## PRESENTACIÓN

De conformidad con el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Católica de Santa María, pongo a vuestra consideración el informe final de la investigación "Análisis del artículo 10º del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) en relación al derecho fundamental de igualdad y no discriminación de los trabajadores que ingresan mediante concurso público en el Perú, Periodo 2013 - 2014" tesis con la que pretendo optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional.

Las ideas expuestas en este trabajo son el reflejo de los conocimientos adquiridos durante los años de estudio en la escuela de Post Grado. No obstante, debo señalar que debido a mi corta experiencia en el ámbito investigativo, es posible que en el desarrollo de esta investigación haya incurrido en errores involuntarios, razón por la que invoco a su comprensión y benevolencia de maestros.

En la elaboración del presente trabajo que consta de dos capítulos, se ha examinado teóricamente aspectos doctrinarios y jurisprudenciales, relativos al problema enunciado. Para ello, se ha revisado la bibliografía existente respecto a los empleados de entidades públicas y los trabajadores de las empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, regidos por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728). Así mismo, se ha revisado jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al tema investigado.

En el Capítulo I se expone los regímenes de contratación de personal existentes en el Perú, y se desarrolla con mayor amplitud el Régimen Laboral Privado, su sistema de selección de personal basado en el principio de mérito y capacidad, así como el modo y la

finalidad del concurso.

Así mismo, se desarrolla teóricamente todo lo relativo al período de prueba, en el se describe su tratamiento en el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728). Se analiza la naturaleza jurídica del periodo de prueba, su objetivo, justificación, formalidad, duración, prórroga, y las consecuencias derivadas de la interrupción del periodo de prueba laboral.

Finalmente se desarrollan aspectos doctrinarios relativos al derecho de igualdad; y se revisan sentencias emitidas por Tribunal Constitucional respecto de los derechos del trabajo, el derecho fundamental de igualdad y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el Capítulo II se procede al procesamiento y análisis de los datos proporcionados por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR); la Gerencia de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República, en relación al Concurso Público de Méritos 001-2013-CG y la encuesta realizada en la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en relación a la exigencia de superar el periodo de prueba laboral por parte de los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728).

Luego del procesamiento y análisis de la información obtenida, se han formulado las respectivas conclusiones y sugerencias.

## INTRODUCCIÓN

La extinción de la relación de trabajo es una de las cuestiones de mayor interés y controversia que se suscita en el Derecho del Trabajo, ello debido a la trascendencia humana y social que conlleva la pérdida de su empleo, tanto para el trabajador como para su familia.

El estudio de la problemática de los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) constituye un tema de innegable relevancia al cual no podemos estar ajenos. La atención que la sociedad y los operadores del derecho debemos prestar está absolutamente justificada, pues guarda una muy estrecha relación con el derecho fundamental de igualdad y no discriminación, previstos en nuestra Constitución Política del Estado vigente; por ello, la importancia de la elección del tema desarrollado.

El trabajo de investigación se encuentra dentro del contexto de la administración pública, y puntualmente se ha tomado como objeto de análisis el periodo de prueba laboral al que son sometidos los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, regulada actualmente por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) pese a que han obtenido su puesto de trabajo mediante concurso.

Inicialmente en el año 1991, con la dación del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo, se preveía en su inciso a) del artículo 44° la exoneración del periodo de prueba para los trabajadores que ingresen por concurso, al igual que los trabajadores que ingresaban a la función pública mediante concurso bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Más adelante, en 1995 mediante la Ley N° 26513 se derogó el citado

artículo 44° quedando así todos los trabajadores regidos por el referido Decreto Legislativo, obligados a cumplir con el periodo de prueba laboral pese a que todos ellos ingresaron mediante concurso. Este hecho constituye una vulneración al derecho fundamental de igualdad y no discriminación, en relación a los servidores públicos regidos por el Decreto Legislativo N° 276 que también ingresaban a la función pública mediante concurso y están exonerados del periodo de prueba.

En la presente investigación no se aboga por la eliminación del periodo de prueba laboral para todos los trabajadores regidos por el D.S. N° 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo N° 728) lo que se plantea es la exoneración del periodo de prueba únicamente para los servidores públicos que han logrado una plaza de trabajo mediante concurso. Para ello se requiere la modificación del artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) en el que se incluya la exoneración del periodo de prueba laboral para todos los trabajadores que ingresen a la función pública por concurso, siguiendo siempre la premisa del ingreso a la función pública basada en el principio de mérito y capacidad.



# CAPITULO I

## LA IGUALDAD DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La administración pública en el Perú tiene sus orígenes primigenios en la colonia, ya en la etapa republicana, el Estatuto Provisional de José de San Martín de 1821 reorganizó el sistema de la administración pública. En 1824 Simón Bolívar estableció el juicio sumario y la pena capital para los funcionarios públicos que malversaran los fondos estatales. Dos años después se promulgó la Constitución Política de 1826, norma que se encontraba exenta de regulación laboral y, en lo más mínimo, no contenía disposición alguna sobre derechos laborales. En 1831 el Mariscal Agustín Gamarra atenuó la medida anterior y estableció el juicio ordinario para culpables que malversaron fondos públicos.

En el primer gobierno del Mariscal Ramón Castilla (1845-1851) se aprobó el primer Presupuesto de la República, se promulgó el Código Civil, la Ley de Organización Interior, la Ley de Ministerios y la Ley de Cesantía y Jubilación. Todas estas Leyes se dan en un contexto en el cual empiezan a instalarse oficinas públicas en todo el país.

Posteriores normas se fueron dando en sucesivos gobiernos para tratar aspectos parciales de la Administración Pública y entre las más importantes figuran las dictadas en el año 1918 por el gobierno de Don José Pardo y Barreda, quien mediante la Ley N° 2760 establece los derechos y deberes de los empleados públicos, se reconoce la carrera administrativa, el escalafón y clasificación periódica, igual oportunidad para varones y mujeres, el ingreso por concurso para el personal de carrera, y el ascenso por concurso basándose en la foja de servicio. También se dictó la Ley N° 2851 que normaba el trabajo de las mujeres.

El 7 de febrero de 1924 se dictó la Ley N° 4916 que creó un preaviso de 90 días para el despido de los empleados particulares, un preaviso de 40 días para la renuncia del empleado, una indemnización compensatoria en caso de despido injustificado, el derecho a un seguro de vida después de cuatro años continuos de labor para un mismo empleador, y la facultad del empleador para despedir al trabajador ante la comisión de una falta grave. Así mismo, mediante la Ley N° 6871 del 2 de mayo de 1930 se creó un Juzgado de Trabajo con el objeto de atender las reclamaciones de los empleados en el marco de la Ley N° 4916.

En 1931 la Junta de Gobierno de David Samanez Ocampo dicta el Decreto Ley N° 7455, el cual reconoce la estabilidad de los empleados públicos y precisa las causales de separación. Así mismo, la Ley N° 8801 crea la Dirección General de Escalafón y listas pasivas dependientes del Ministerio de Hacienda, la cual a partir de 1947 es denominada como Dirección General de Servicio Civil.

En 1937 se creó la Intendencia General de Hacienda, adscrita al Ministerio de Hacienda, encargada del manejo de la administración pública y de la creación del Sistema de Escalafón y Pensiones. Posteriormente, la Intendencia General de Hacienda fue denominada Dirección General del Servicio Civil y Pensiones y traspasada al Ministerio de Justicia y Culto (hoy en día Ministerio de Justicia).

En 1950, mediante el Decreto Ley N° 11377 Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil y su reglamento se definió y normó, por primera vez y de manera integral, la carrera administrativa en el Perú. Estas normas regularon los deberes y derechos de los empleados públicos, el ingreso de personal bajo la modalidad de concurso a través de un examen oral y escrito, el escalafón, la clasificación del personal en tres grupos (oficiales, auxiliares y ayudantes) y la categorización de los trabajadores públicos según su tipo de relación contractual (empleados de carrera, a contrata, adscritos y de servicio). Estas normas no incluyeron aspectos relacionados con remuneraciones e incentivos.

Con la aprobación de la Constitución Política de 1979, se elevó a rango constitucional la existencia de la carrera administrativa y el derecho a la estabilidad laboral para funcionarios y servidores públicos

El principio de estabilidad laboral recogido en la Constitución Política de 1979 llevó a establecer, que si bien los servidores públicos ingresaban a la carrera administrativa por concurso público, la estabilidad laboral absoluta era adquirida desde el primer día mediante el nombramiento, sin que exista periodo de prueba.

En 1984 durante el segundo gobierno del Arquitecto Fernando Belaúnde Terry, se dictó el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Esta norma pone énfasis en los derechos de los servidores públicos;

establece una única clasificación para todas las entidades, la misma que comprende 14 niveles en total, (siendo el nivel 1 el más bajo y el 14 el más alto) y 3 grupos ocupacionales (Profesionales, técnicos y auxiliares) también se instituyó el mérito y el tiempo de servicios como factor de ascenso en la carrera.

En 1990 se reglamentó el Decreto Legislativo N° 276 mediante D.S. N° 005-90 PCM. En 2004 se aprobó la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público. En 2008 Se publicaron los Decreto Legislativos N° 1023, 1024, 1025, 1026 y 1057, sobre el empleo público.

Hasta los años noventa, la Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, su reglamento y la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público, fueron los principales intentos de ordenamiento del servicio civil peruano. Sin embargo, durante los años siguientes, el Perú experimentó una serie de cambios, que tendrían como consecuencia el fracaso de estos primeros pasos para organizar adecuadamente el servicio civil.

Son cuatro los intentos de reforma del servicio civil peruano, desde los años noventa hasta la actualidad. En el primero, se cierra la carrera administrativa y se crea nuevas modalidades de contratación; en el segundo, se explica la modernización del Estado y la propuesta de una nueva carrera administrativa; en el tercero, se trata de establecer la institucionalidad pública y las normas sobre ética e integridad pública y, la actual reforma del servicio civil se inicia con la creación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

Se inicia así un sistema mixto o híbrido con la figura de los trabajadores de las empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, a la progresivamente se fueron sumando cada vez más y más entidades públicas (a tal punto que en la actualidad alcance a los propios poderes del Estado y organismos

autónomos) ello permitió que empleados que trabajan para el Estado se rijan por normas distintas al Decreto Legislativo N° 276. Ya en la década de los noventa y con el fenómeno de la globalización auestas se dieron normas que buscaban flexibilizar el mercado laboral, producto de ello en el año 1991 fue promulgado el Decreto Legislativo N° 728 mismo que fuera modificado continua y sistemáticamente.

Actualmente, gran parte de los empleados de entidades públicas y los trabajadores de las empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, se rigen por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728).

Respecto a la evolución del empleo en el Perú, es conveniente resaltar la importancia de las condicionantes para una adecuada evaluación, en tal sentido el Dr. Juan Chacaltana<sup>1</sup> señala que “El trabajo es un fenómeno social, económico y jurídico. Tiene alcance social porque le permite al ser humano obtener su realización y autosatisfacción personal e interactuar con sus semejantes, alcanzando de este modo el reconocimiento de la sociedad y del Estado. Es un fenómeno económico porque no solo le otorga al trabajador la posibilidad de conseguir una remuneración equitativa, justa y suficiente para satisfacer sus necesidades económicas, sino también porque por medio del trabajo es posible aumentar la productividad y competitividad de las empresas y del país. Finalmente, el trabajo es también un fenómeno jurídico porque su ejercicio presupone la existencia de una regulación estatal previa. Estos condicionantes son importantes para evaluar la evolución del empleo en el Perú de fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, dada la naturaleza multidisciplinaria de esta institución.”

---

<sup>1</sup> CHACALTANA, Juan; JARAMILLO, Miguel y YAMADA Gustavo (editores) **Cambios globales y el mercado laboral peruano: Comercio, legislación, capital humano y empleo**. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 2005, p. 147.

## 2. REGÍMENES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL PERÚ

El servicio civil peruano engloba a todas las personas que trabajan para el Estado. En la actualidad, en las entidades del Estado existen 3 regímenes laborales generales y 12 especiales, lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos.

En los siguientes ítems procederemos a detallar los tres regímenes laborales generales de contratación de personal en el sector público:

1. Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276);
2. Contratación Administrativa de Servicios – CAS (Decreto Legislativo N° 1057); y
3. Vínculo laboral en el Régimen de la actividad privada sin Carrera Administrativa (D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral – TUO del Decreto Legislativo N° 728).

No se desarrollará los regímenes especiales: 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 Ley N° 27238), Sin Carrera con vínculo laboral Gerentes Públicos (Decreto Legislativo N° 1024), Sin Carrera con vínculo civil Convenios de administración con PNUD, Fondo de Apoyo Gerencial (D.L. N° 25650).

Seguidamente procederemos a desarrollar brevemente los tres regímenes laborales generales de contratación de personal en el sector público, y dado que el tema materia de investigación está

enfocado en el artículo 10º del D.S. N° 003-97-TR (Ley de Productividad y Competitividad Laboral – TUO del Decreto Legislativo N° 728), este régimen lo desarrollaremos con mayor amplitud.

Antes de entrar a detallar la clasificación de los tres regímenes de contratación, resulta pertinente precisar que “El vínculo laboral – estatal, es toda relación subordinada y remunerada existente entre una entidad del Estado y un trabajador público, nombrado o contratado al servicio de la Nación.”<sup>2</sup>

## 2.1. RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO

La Carrera Administrativa<sup>3</sup> es un conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes de los servidores públicos que con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública.

Su objetivo es la incorporación de personal idóneo, garantizando su permanencia y desarrollo, sobre la base de méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones y dentro de una estructura uniforme de grupos ocupacionales y de niveles.

El régimen laboral público administrativo peruano se caracteriza por ser un sistema cerrado, en el cual el ingreso a la carrera se realiza por el nivel más bajo del grupo ocupacional y la promoción de los servidores públicos en los diferentes niveles depende del cumplimiento de requisitos previamente determinados, que incluyen antigüedad en el puesto, capacitación y evaluación.

---

<sup>2</sup> BELTRÁN LARCO, Luisa Pamela. **Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el Estado**. Tesis de Maestría. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Escuela de Postgrado. 2013. p.10.

<sup>3</sup> Regulada por el Decreto Legislativo N° 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su reglamento D.S. N° 005-90 PCM.

La Ley reconoce como servidor público a todo ciudadano que presta servicios en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato de trabajo, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución en periodos regulares. Del mismo modo, la Ley estipula que solo hace carrera administrativa el servidor público nombrado que presta servicios de naturaleza permanente, quien a su vez tiene derecho de estabilidad laboral indeterminada. La norma excluye de la carrera administrativa a las Fuerzas Armadas, Fuerzas Policiales y los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, así como a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

En el mismo sentido el Instituto Nacional de Administración Pública<sup>4</sup> señala “Tampoco forman parte de la Carrera Administrativa determinados grupos funcionariales cuyas peculiaridades han determinado la creación de regímenes especiales diferentes de la Carrera Administrativa ordinaria. Tal es el caso de los miembros de:

- El Poder Judicial.
- Los Institutos Armados y la Policía Nacional.
- El Cuerpo Diplomático.
- El magisterio.
- Los profesionales de la salud.

Como se ha comentado anteriormente, los trabajadores de las empresas del Estado tampoco están comprendidos en la Carrera Administrativa porque se regulan por el régimen laboral privado.”

---

<sup>4</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. **La profesionalización de la función pública en Iberoamérica**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 2002, p. 215.

## 2.2. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS (CAS)

La modalidad CAS<sup>5</sup> fue creada en reemplazo de los servicios no personales (SNP) de los años noventa como respuesta a las restricciones presupuestales impuestas a la contratación de nuevo personal, con el objetivo de ahorrar costos laborales y crear un mercado laboral más flexible. En este contexto, es preciso resaltar que el régimen CAS supone una contratación temporal por un periodo restringido a un año fiscal, renovable.

En relación al régimen CAS Luisa Beltrán Larco,<sup>6</sup> citando a Danos sostiene que “Dicho contrato no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al carecer de precedentes normativos o doctrinarios y menos de un marco legal adecuado, que precise sus alcances, lo cual da lugar a que los contratados bajo la mencionada modalidad se encuentren muchas veces en un verdadero limbo legal, generándose problemas frecuentes, originados en la aplicación incoherente de principios extrapolados de la función pública, de régimen laboral ordinario e incluso del Derecho civil.”

En general, todas las entidades de la administración pública pueden contratar personal bajo el régimen CAS, con excepción de las empresas del Estado y los proyectos de inversión pública. De acuerdo con su reglamento, el régimen CAS no incluye dentro de su ámbito de aplicación a los siguientes casos:

- Prestación, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual, siempre que se desarrolle de manera autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad;

---

<sup>5</sup> El régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) está normado por el Decreto Legislativo N° 1057 del 27 de junio de 2008 y su reglamento D.S. N° 075-2008-PCM de fecha 25 de noviembre de 2008.

<sup>6</sup> *Op. Cit.* BELTRÁN LARCO, Luisa Pamela. pp. 27-28.

- Contratos financiados por alguna entidad de cooperación internacional con cargo a sus propios recursos;
- Contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado Peruano para fines de contratación de personal altamente calificado;
- Contratos del Fondo de Apoyo Gerencial; y
- Contratos de modalidades formativas.

A partir de 2010, debido a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional,<sup>7</sup> CAS debe interpretarse como un régimen especial de contratación de naturaleza laboral para el sector público, el cual es compatible con el marco legal. Al afirmarse su naturaleza laboral, la Ley 29849 establece que el servidor bajo este régimen se considera dentro del ámbito de la Ley Marco del empleo público y la Ley del código de ética de la función pública, debiendo ajustarse a la misma y completar su regulación en términos de los derechos laborales que le competen.

### 2.3. RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

Se creó con la finalidad de hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se amplió las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos.

---

<sup>7</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC.

El régimen laboral de la actividad privada se reguló con el Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo de fecha 8 de noviembre de 1991, (Actualmente se rige por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo). Este decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado centrada en la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas. De esta manera, se permitió a las entidades públicas aplicar el régimen laboral de la actividad privada, creándose, así, las denominadas islas de eficiencia.

A mediados de la década de los noventa, dentro del proceso de reforma del Estado que quedó trunco, una serie de entidades e instituciones públicas comenzaron a migrar hacia el régimen laboral privado; entre ellas, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), la Comisión Nacional de Supervisión de Inversiones y Valores (CONASEV); al igual que la Contraloría General de la República, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y ADUANAS, e incluso algunas instituciones como el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Ministerio Público.

En relación a lo expresado en el párrafo anterior, el Dr. Edgardo Balbín Torres<sup>8</sup> señala “En poco más de una década se ha producido un progresivo vaciamiento de la carrera administrativa originado por la incursión de las normas laborales de la actividad privada para la regulación de las relaciones jurídicas de empleo,

---

<sup>8</sup> BALBÍN TORRES, Edgardo. **Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005, p. 118.

fenómeno iniciado por los trabajadores de las empresas estatales —regidos de modo impropio por las normas laborales públicas— y continuado por los trabajadores de algunas instituciones estatales periféricas. Estos hechos, aunque cuestionables en algunos extremos, han terminado por despejar toda duda con relación al carácter laboral del vínculo jurídico, al hacer extensiva sin reparos la regulación laboral privada, su lógica y principios a trabajadores de instituciones que conforman la administración pública.”

Por su parte, el tratadista Javier Neves Mujica<sup>9</sup> nos dice “La absoluta privatización de la regulación laboral en el sector público, podría afectar la continuidad e Idoneidad del servicio, a la que aspiraba la carrera administrativa, institución que en nuestro concepto no debería abandonarse, salvo en el caso de los funcionarios que ocupan cargos políticos o de confianza. Esta perspectiva tiene respaldo además en el artículo 40<sup>o</sup> de la actual Constitución.”

Finalmente el Dr. Javier Neves Mujica<sup>10</sup> sostiene “Hasta qué punto la naturaleza jurídica del empleador, pública o privada, es un factor relevante para la calificación de un vínculo como laboral, es una cuestión que ha experimentado una interesante evolución entre nosotros, en la que se puede identificar tres fases.

En la primera, se consideró como una relación laboral solo la que se establecía en la actividad privada, y se asignó al Derecho Administrativo la que se daba entre el trabajador público (tanto el funcionario. que tiene poder de decisión, como el empleado común) y el Estado. Esta es la etapa en la que se adoptó la tesis unilateralista del empleo público, según la cual la relación surgía

---

<sup>9</sup> NEVES MUJICA, Javier **Introducción al derecho laboral**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo Editorial. 2007, pp. 41-42.

<sup>10</sup> *Ibidem*. p. 42.

de la voluntad unilateral de la Administración, a través del nombramiento, estableciéndose por ley los derechos y obligaciones de las partes, sin margen para la negociación (...)

En la segunda fase, cuyos hitos normativos están conformados por la Constitución de 1979 y el Decreto Legislativo 276. Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, de 1984 empieza a entenderse —no sin vacilaciones— que cualquiera fuera la naturaleza del empleador existe un vínculo laboral con quien le presta servicios. Se asume, pues, la tesis contractualista del empleo público (...)

En la tercera y última fase, en la que nuestro ordenamiento entra desde inicios de la década del noventa, incluso los regímenes diferentes se dejan de lado y se acoge la regulación laboral del sector privado también para los trabajadores del Estado. Esta extensión operó primero —en verdad, a mediados de la década del ochenta— con los trabajadores de las empresas del Estado y algunas entidades a las que se sujetó al régimen laboral de la actividad privada, pero ahora alcanza a los propios poderes del Estado y organismos autónomos. Cada vez un número mayor de ellos se somete al ordenamiento laboral del sector privado: trabajadores administrativos del Congreso, del Poder Judicial y muchas entidades dependientes del Poder Ejecutivo. La Constitución vigente asume esta perspectiva, cuando en su Tercera Disposición Final y Transitoria le otorga provisionalidad a la separación de regulaciones entre el sector público y el privado.”

### **3. ORGANIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA**

Las entidades bajo este nuevo régimen laboral establecieron escalas remunerativas distintas al sistema único de remuneraciones e incorporaron personal altamente capacitado en posiciones de

responsabilidad, siendo exonerados del requisito de ascender peldaño a peldaño en la estructura de niveles.

Debido a que esta norma está orientada a regular el empleo en la actividad privada, su aplicación en las entidades del sector público supuso la aplicación de normas supletorias, como la Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público. Entre otras cosas, esta norma establece los derechos y deberes generales de los servidores públicos bajo el régimen laboral de la actividad privada, una nueva clasificación del personal y las reglas generales de acceso al servicio civil.

### 3.1. SELECCIÓN

La selección y contratación de personal bajo el régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley Marco del Empleo Público. Como lo establece esta Ley, el ingreso a las entidades públicas regidas por la Ley de productividad y competitividad laboral (Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo) se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base del mérito y capacidad, en un régimen de igualdad de oportunidades.

#### 3.1.1. EL ORIGEN DEL CONCURSO

¿Por qué se tiene que realizar el concurso? Porque hay un puesto de trabajo vacante que ha de cubrirse. El autor Antonio Pérez Luque,<sup>11</sup> señala “Es la necesidad la que motiva el concurso y por eso ha de hacerse, pues se ve forzada y dirigida por el ordenamiento jurídico, ya que este es el que señala cómo ha de cubrirse el puesto de trabajo.

---

<sup>11</sup> PÉREZ LUQUE, Antonio. **La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales**. Madrid: La Ley-Actualidad. 2005, p. 298.

No tiene sentido que el puesto de trabajo esté vacante y no sea necesario. (...) Si es necesario, debe ser cubierto.”

### **3.1.2. EL MODO DEL CONCURSO**

El modo o manera de hacer el concurso es en base a los méritos y capacidad, que se han de exigir a los candidatos al puesto de trabajo, mismos que deben constar definidos por la entidad en el MOF (Manual de Organización y Funciones) lo que constituye el perfil del puesto.

### **3.1.3. LA FINALIDAD DEL CONCURSO**

Respecto de la finalidad del concurso Antonio Pérez Luque<sup>12</sup> sostiene “La finalidad está conexiónada en mucho con la causa y el modo, aunque tiene su propia identidad: cubrir el puesto de trabajo con el mejor.

Esa es la finalidad del concurso, al ser el sistema más objetivo y basado en el mérito.”

El origen impone la necesidad de proveer el puesto de trabajo; el modo, cómo se hace o en base a qué se hace y la finalidad consiste en la selección del más idóneo.

### **3.1.4. EL PRINCIPIO DE MÉRITO Y CAPACIDAD**

El principio de mérito es el que conduce a valorar las cualidades del aspirante. El mérito hace referencia a aquellos elementos que acreditan la calificación adquirida por los aspirantes a lo largo de toda su trayectoria vital y profesional, tales como experiencia, formación y perfeccionamiento, publicaciones efectuadas, cursos impartidos y similares.

---

<sup>12</sup> *Íbidem.* p. 298.

Gregorio Montero<sup>13</sup> nos dice “El principio de merito postula de manera concreta que el acceso, la permanencia y el progreso en el sistema de Carrera se basa en el merito demostrado por los ciudadanos en los distintos procesos técnicos que las normas y los procedimientos disponen ya se trate de concursos externos en sus distintas modalidades, concursos internos en sus diferentes versiones, o evaluación directa de meritos según el escalafón diseñado.”

El principio de capacidad es aquel en virtud del cual el orden de prelación de los aspirantes se determina conforme a los resultados obtenidos en las pruebas a superar en el proceso selectivo. La capacidad comprende todas aquellas pruebas teóricas y/o prácticas destinadas a contrastar los conocimientos y aptitud de los aspirantes a obtener un empleo público.

Luciano Parejo Alfonso<sup>14</sup> en referencia al significado de eficacia y eficiencia señala “El significado general de la voces «eficacia» y «eficiencia» de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia eficacia significa virtud, actividad, fuerza y poder para obrar, de suerte que eficaz es, justamente, alguien o algo activo, fervoroso, poderoso para obrar, pero también «que logra hacer efectivo un intento o propósito». La eficacia está relacionada, pues, con la efectividad, que se define como cualidad de efectivo, significando este adjetivo «real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal», y hacer efectivo «llevar a efecto», es decir, y conforme al

---

<sup>13</sup> MONTERO, Gregorio. **Régimen Jurídico y Profesionalización de los Funcionarios Públicos**. Santo Domingo: Publicaciones MAP. 2011, p. 94.

<sup>14</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. **Eficacia y administración**. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas. 1995, pp. 91-92.

significado (entre otros) de esta última voz, «lo que se sigue en virtud de una causa», así como «fin para que se hace una cosa», de modo que llevar a o poner en efecto no es sino «ejecutar, poner por obra un proyecto, un pensamiento, etcétera» y surtir efecto es «dar una medida, un remedio, un consejo, etc..., el resultado que se deseaba».

Consecuentemente, la palabra eficacia evoca básicamente la producción intencionada (con arreglo a un fin o causa) de una realidad (adecuada al fin) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar.”

Resumiendo, podemos decir que mientras la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin. En todo caso, entre ambas nociones existe una muy estrecha relación.

Por su parte Andrés Morey Juan nos da el siguiente concepto de eficacia “El concepto de la eficacia, en consecuencia, no puede desligarse, *prima facie*, del conocimiento y la experiencia; es decir, para ser eficaz hay que conocer el campo material y técnico en que se desarrolla la actividad y dicho conocimiento es siempre fruto de lo aprendido y ello, a su vez, depende del bagaje técnico y de la experiencia; de ahí que la función pública tenga su vertiente profesional.”<sup>15</sup>

María De Sande Pérez-Bedmar sostiene que “La eficacia es la efectiva consecución de unos objetivos prefijados, mientras que la eficiencia es una subespecie de la eficacia

---

<sup>15</sup> MOREY JUAN, Andrés. **La función pública: Necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 2004, p. 48.

que pone en relación los medios empleados para alcanzar los objetivos señalados de manera que se pueda determinar el grado óptimo en aquélla.”<sup>16</sup>

Por su parte Marian Jaén Díaz<sup>17</sup> señala que “La motivación desempeña un papel fundamental en el rendimiento de los trabajadores no es algo nuevo, pues muy diversos autores han encontrado una relación significativa entre motivación y rendimiento. Ya en 1960, en un clásico estudio, Vroom, trabajando con dos grupos de sujetos, con alta y baja motivación, analizó las correlaciones entre puntuaciones de razonamiento no-verbal y evaluaciones del rendimiento; los resultados indicaron que la habilidad se relaciona con los resultados sólo en los empleados altamente motivados. Los trabajadores con alta habilidad muestran el efecto opuesto cuando no están motivados. Así parece que uno de los determinantes primarios de los resultados del trabajo (cualitativa y cuantitativamente) es la motivación laboral”

### 3.1.5. EL PROCESO DE SELECCIÓN

La selección y contratación de personal por parte del Estado bajo el régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley Marco del Empleo Público. Como lo establece esta Ley, el ingreso a las entidades regidas por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley del fomento al empleo) se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base del mérito y capacidad.

<sup>16</sup> DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María. **Empleo y prestación de servicios en la administración pública**. Valladolid: Lex Nova. 2006, p. 141-142.

<sup>17</sup> JAÉN DÍAZ, Marian. **Predicción del rendimiento laboral a partir de indicadores de motivación, personalidad y percepción de factores psicosociales** [en línea]. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid / Facultad de Psicología. 2010 p. 50. Consulta: 27 de Abril de 2014. Disponible en: <<http://eprints.ucm.es/10843/1/T31913.pdf>>

De acuerdo con el artículo 5º de la Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público (norma aplicable incluso a las entidades del régimen laboral de la actividad privada), el acceso al servicio civil, entendido como la prestación de un servicio personal, remunerado y subordinado entre una entidad de la Administración Pública y un empleado público, se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

Para realizar la convocatoria del proceso de selección, se requiere:

- Una plaza vacante y presupuestada, la cual debe difundirse en medios de comunicación de alcance nacional y en el portal Web de la entidad;
- Identificación del puesto vacante;
- Descripción de las competencias y los méritos, definidos por la entidad en el MOF;
- Criterios de puntuación; y
- Determinación de la remuneración.

Una vez concluido el proceso de selección, se procede a la contratación bajo las condiciones del régimen laboral de la actividad privada, estableciendo un contrato por tiempo indeterminado.

Las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada también se encuentran bajo los alcances de la Ley 27803 que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones encargadas de revisar los

ceses colectivos, por lo que las plazas generadas durante los años 2002 y 2010 debían primero destinarse a reponer ex servidores públicos.

En tal sentido, las entidades públicas reguladas por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo) celebraron procesos de selección sólo cuando gozaron de excepciones a las normas de austeridad aprobadas anualmente en las leyes de presupuesto y contaban con plazas extras a las reportadas para la reposición de ex servidores públicos.

### 3.1.6. LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN

Los sistemas de selección de personal son 3: El concurso, la oposición y el concurso oposición, en los que se garantizan, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad.

#### a) El concurso

El concurso es el procedimiento de selección en el que únicamente se valoran los méritos y donde, en consecuencia, se prescinde de tomar en consideración la capacidad de los aspirantes. Esta omisión trae consigo el que su uso se prevea con carácter excepcional y siempre de conformidad a Ley.

En la Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales<sup>18</sup> se define al concurso como “La competencia entre quienes aspiran a encargarse de

---

<sup>18</sup> Universidad Católica Andrés Bello. **Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 41**. sl.: Departamento de Investigaciones sobre Relaciones Industriales y Laborales, 2005, p. 264.

ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas. Esto nos indica que existe una premisa fundamental para aquellos que decidan optar a un cargo determinado: deben competir en igualdad de condiciones.

El tratadista Antonio Pérez Luque,<sup>19</sup> citando a Arroyo Vanes, señala que el concurso “Consiste en la designación del candidato que se considera más idóneo para ocupar un determinado puesto en la Administración, teniendo en cuenta que los méritos alegados por éste obtienen, tras la aplicación de un baremo detallado, la mayor puntuación frente a otros posibles candidatos.”

M. L. Rodríguez Moreno<sup>20</sup> y sus colaboradores señalan “En este sistema se valoran los méritos de los aspirantes, de acuerdo con los baremos incluidos en la convocatoria. Este sistema es de carácter excepcional.”

Finalmente, Antonio Ager Vázquez<sup>21</sup> y sus colaboradores definen el concurso como “la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden y prelación de los mismos.”

---

<sup>19</sup> *Op. Cit.* PÉREZ LUQUE, Antonio. p. 297.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ MORENO M. L. (coordinadora), M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.P. FIGUERA GAZO, S. RODRÍGUEZ ESPINAR. **Estudios universitarios, proyecto profesional y mundo del trabajo: cómo tender puentes entre la universidad y la vida activa.** Barcelona: Publicacions I Edicions de la Universitat de Barcelona, 2009, p. 59.

<sup>21</sup> AGER VÁZQUEZ Antonio; MARTÍNEZ DEL FRESNO, Joaquín y GONZÁLEZ RABANAL, José Manuel. **Cuerpo de gestión administrativa de la junta de Andalucía.** Octava Edición. Sevilla: MAD. 2006, p. 602.

## b) La oposición

Es el sistema de selección consistente en la superación de las pruebas que se establezcan en la correspondiente convocatoria. En la misma no se omite la valoración de los méritos sino que éstos se toman en consideración una vez que se ha superado el proceso selectivo.

Así, por ejemplo, si se convocan 100 plazas por oposición los méritos les serán computados únicamente a los aspirantes que superen el proceso selectivo (la oposición) lo que tendrá efectos para establecer el orden con que se aparece en la relación definitiva.

Antonio Ager Vázquez<sup>22</sup> y sus colaboradores sostienen que “La oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación.”

## c) El concurso oposición

A diferencia de la oposición el resultado del proceso selectivo se obtiene con la suma de los puntos obtenidos en las pruebas que miden la capacidad (oposición) y en la valoración de los méritos (concurso).

Normalmente, son los méritos (los conocidos puntos) los que deciden el resultado del concurso oposición como ganador de una plaza.

---

<sup>22</sup> *Ídem.*

Antonio Ager Vázquez<sup>23</sup> y sus colaboradores plantean que “El concurso-oposición consiste en la celebración de los dos sistemas anteriores, conforme a las normas que se determinen en las respectivas convocatorias.”

Por su parte M. L. Rodríguez Moreno<sup>24</sup> y sus colaboradores definen el concurso oposición señalando que “Este sistema consiste en la superación de las pruebas correspondientes y, si es necesario, los cursos de formación, determinadas condiciones de formación, méritos y experiencia.”

### 3.2. CAPACITACIÓN

De acuerdo con la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo), la capacitación es un derecho del servidor cuyo objetivo es mejorar su productividad y sus ingresos.

Para ello, los programas de capacitación y productividad deben ser implementados en cada entidad con la finalidad de actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del personal, desarrollar habilidades asociadas a nuevas tecnologías y preparar al servidor para ocupar vacantes o puestos de nueva creación.

Sin embargo, en el caso de las entidades públicas regidas por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, igual que en el caso de las entidades sujetas al régimen laboral público administrativo, no existen documentos o evaluaciones que determinen la efectividad e impacto de las capacitaciones a la mejora del servicio público.

---

<sup>23</sup> *Ídem.*

<sup>24</sup> *Op. Cit.* RODRÍGUEZ MORENO M. L. (coordinadora), M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.P. FIGUERA GAZO, S. RODRÍGUEZ ESPINAR. p. 59.

### 3.3. PROMOCIÓN

Debido a que el régimen laboral de la actividad privada constituye un sistema de puestos, no existen mecanismos legales para la promoción o ascensos del personal que ya está trabajando.

Sin embargo, algunas entidades públicas han implementado concursos internos en los que un trabajador puede acceder a alguna plaza vacante de mayor jerarquía. Cuando existen, estos mecanismos de promoción están desarrollados en los reglamentos internos de trabajo de cada entidad.

### 3.4. EVALUACIÓN

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo) no regula la evaluación del personal, pues habiendo sido diseñada para la actividad privada, deja a criterio del empleador las formas de evaluación que considere más convenientes. Por su parte, la Ley Marco del empleo público solo establece que la retribución del desempeño laboral se realice de acuerdo con un sistema de evaluación con equidad y justicia, que debe tener como criterios mínimos la universalidad, la base técnica y la competencia laboral.

Algunas entidades públicas bajo este régimen laboral realizan evaluaciones de desempeño y desarrollan procesos anuales que contribuyen a definir las capacitaciones que su personal requiere, así como metodologías para evaluar a los servidores en todos los niveles. En esos casos, la evaluación ha permitido medir el desempeño del trabajador, cubrir brechas y determinar las necesidades de capacitación. Sin embargo, los criterios son distintos al interior de cada entidad y la utilidad de los resultados es diversa. Casi no se ha encontrado evidencias de la separación del personal a causa de un deficiente resultado en la evaluación.

### 3.5. REMUNERACIONES E INCENTIVOS

La remuneración del servidor bajo el régimen laboral de la actividad privada está constituida por el íntegro de lo que percibe por sus servicios, sea en dinero o especie, siempre que sea de libre disposición. La periodicidad de pago es determinada por la entidad. Adicionalmente, la norma legal contempla otros beneficios con los que cuentan los servidores del régimen de la actividad privada:

- Gratificaciones por fiestas patrias y navidad (dos remuneraciones adicionales);
- Escolaridad;
- Compensación por tiempo de servicio (1 remuneración anual);
- Vacaciones anuales (30 días);
- Seguro social;
- Pago de pensiones (sistema público o privado); y
- Compensación por despido arbitrario.

Las escalas remunerativas de cada institución pública son negociadas individualmente con el MEF utilizando criterios no oficiales, sin embargo, suele tener relación directa con el presupuesto que tiene asignado cada entidad. Así, una vez establecida la suma que cada institución maneja anualmente, se pasa a discutir el nivel de los salarios.

Además, aunque solo las entidades regidas por el régimen laboral público administrativo reciben transferencias del Tesoro Público por CAFAE, varias instituciones reguladas por el régimen laboral de la actividad privada han organizado su propio CAFAE autofinanciado íntegramente por el propio personal.

### 3.6. Desvinculación

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo) establece claramente las causales de extinción del contrato de trabajo y, además, distingue entre causales relacionadas con la capacidad y las relacionadas con la conducta del trabajador.

La desvinculación en el régimen laboral de la actividad privada admite la figura de la indemnización por despido arbitrario, que consiste en el despido sin expresión de causa o por causa que no se pueda demostrar en juicio, el cual genera el derecho al pago de una indemnización, como única reparación por el daño sufrido, a diferencia de la carrera administrativa regida por el Decreto Legislativo N° 276 donde no se admite esta figura.

## 4. EL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo da inicio a la relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones para el trabajador y el empleador. Nuestra legislación no da un concepto de contrato de trabajo; sin embargo, menciona los elementos esenciales de este, conforme se establece en el artículo 4° del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral TUO del 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”.

El concepto de contrato de trabajo ha merecido una especial atención por parte de la doctrina. Así, Cesar Marcucci<sup>25</sup> lo define como “Aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servido personal

---

<sup>25</sup> MARCUCCI DÍAZ-GRANADOS, Cesar Rafael. **Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial colombiano**. Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia (Educc). 2005, p. 41.

a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada subordinación o dependencia de la segunda y mediante remuneración”.

Pilar Díaz Zazo,<sup>26</sup> señala que “El contrato de trabajo es un acuerdo entre empresario y trabajador, por el cual el trabajador se compromete voluntariamente a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dirección y organización del empresario, a cambio de una retribución.”

Por su parte Belén VENTURA, y Susana DELGADO<sup>27</sup> definen el contrato de trabajo como “Un acuerdo entre el empresario y el trabajador mediante el cual el segundo se obliga a prestar servicios por cuenta ajena y bajo el poder de dirección y organización del primero a cambio de una retribución.”

## 5. REQUISITOS DE CONTRATO DE TRABAJO

Los autores del tratado *La contratación y la extinción del contrato*<sup>28</sup> indican que para exista un contrato de trabajo, “deben darse los siguientes requisitos:

1. Consentimiento: debe ser personal y recíproco, deberá recaer sobre los elementos esenciales del contrato. Será nulo cuando se preste por error, violencia, intimidación o dolo.
2. Objeto: es la prestación de servicios con carácter retribuido, por cuenta y bajo dependencia ajena. Ha de ser lícito, posible y determinado.
3. Causa: para el empresario, la cesión de la prestación de sus servicios por el trabajador, y para éste será el salario. No puede tener una causa ilícita prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres y al orden público.”

---

<sup>26</sup> DÍAZ ZAZO, Pilar. **Orientación sociolaboral e iniciativa personal**. Madrid: Paraninfo. 2010, p.46.

<sup>27</sup> VENTURA, Belén Ena y DELGADO GONZÁLEZ, Susana. **Gestión de recursos humanos**. Madrid: Paraninfo. 2013, p. 2.

<sup>28</sup> PUBLICACIONES VÉRTICE. **La contratación y la extinción del contrato**. Málaga: Vértice. 2011, p. 7.

## 6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

La doctrina laboral se muestra unánime en considerar el contrato de trabajo integrado por los siguientes caracteres:<sup>29</sup>

1. Es un contrato bilateral, en cuanto genera obligaciones para ambas partes.
2. Es oneroso en cuanto supone que cada parte (trabajador y empresario) experimenta una carga o sacrificio con la prestación a la que se obliga: prestación de servicios, el trabajador y retribución a cargo del empresario.
3. Tiene carácter sinalagmático, dado el carácter recíproco de las prestaciones de las partes, de modo que cada prestación, actúa como presupuesto necesario de su recíproca; y así, no surge la obligación para el empresario de pagar el salario, si el trabajador no presta los servicios convenidos, y recíprocamente.
4. Es conmutativo, en cuanto cada parte, al contratar, tiene como ciertas, las prestaciones a las que se obliga; es decir, el beneficio o perjuicio que el contrato puede causarles.
5. Es un contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada, en cuanto sus efectos no se agotan en el mismo acto del contrato, sino que se prolongan y dilatan en el tiempo.
6. Finalmente, es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

## 7. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DESPIDO

En lo que concierne a la figura del despido como causa de extinción del contrato de trabajo nuestro marco legal laboral considera las siguientes clases de despido:

---

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario. **Derecho del trabajo y seguridad social**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). 2013, pp. 204-205.

### **7.1. EL DESPIDO JUSTIFICADO**

Es aquel que se produce estando el empleador facultado para dejar sin efecto el vínculo laboral basado en la capacidad o rendimiento del trabajador.

También puede dejar sin efecto el vínculo laboral basado en la conducta o comportamiento del trabajador, siendo la situación más recurrente la denominada falta grave.

En estos casos el trabajador solo tiene derecho al pago de sus correspondientes beneficios sociales o económicos por el tiempo laborado perdiendo el derecho a cualquier indemnización por haber sido el causante de la ruptura del vínculo laboral;

### **7.2. EL DESPIDO ARBITRARIO**

Es aquel que se produce sin que el empleador haya expresado la causa que motiva el despido del trabajador, o no haberse podido demostrar la causa imputada en juicio, el efecto de este despido es resarcitorio consistente en el pago de una indemnización por despido arbitrario;

### **7.3. EL DESPIDO NULO**

Es el que se produce como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental tal como por ejemplo la afectación del derecho a la libertad sindical o del derecho a la no discriminación laboral, el efecto de este despido es restitutorio ya que el trabajador es repuesto o en su puesto de trabajo.

### **7.4. EL DESPIDO INDIRECTO**

Es aquel que se produce como consecuencia de la persistencia de un acto de hostilidad del empleador que motiva que el

trabajador se aparte del vínculo laboral y proceda a solicitar en la vía judicial una indemnización similar a la peticionada en el despido arbitrario.

## 8. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Gracias a este principio, el Derecho del Trabajo se ha mostrado favorable a la existencia de los contratos de duración indefinida, y trata a las relaciones de corta duración como algo fuera de lo común, a las que sólo tolera en casos excepcionales.

Este principio se fundamenta en los derechos humanos reconocidos en los diversos instrumentos jurídicos internacionales en esta materia, tales como el derecho a la dignidad, libertad e igualdad. Es evidente que el trabajo dignifica al ser humano y, por lo tanto, el trabajador será eficiente a fin de conseguir su propio desarrollo y la tranquilidad de su familia.

El principio de continuidad determina la existencia de dos momentos en los cuales se genera el derecho a la estabilidad laboral, estos son: La estabilidad de entrada, que no es más que la posibilidad del trabajador de acceder a la estabilidad en el trabajo, y la estabilidad de salida, manifestada en la protección al trabajador, esta protección puede ser absoluta o relativa. Es absoluta, cuando las normas permiten la reposición. Es relativa, cuando sólo se otorga una indemnización.

Respecto de este principio Ricardo Marcenaro Frers<sup>30</sup> señala “La estabilidad laboral se fundamenta en la libertad del hombre frente al hombre. Es decir, que el trabajador no depende de la arbitrariedad del empleador para continuar trabajando, sino de sus propios medios y esfuerzo. También se fundamenta en la igualdad toda vez que el

---

<sup>30</sup> MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. **Los derechos laborales de rango constitucional**. Tesis de Maestría. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Escuela de Postgrado. 2009, pp. 120-121.

trabajador podrá defender su derecho a la estabilidad laboral lo que significa que está en situación de igualdad frente al empleador y que, por lo tanto, este no puede actuar arbitrariamente y si lo hace será sancionado.

Dentro del ámbito propio del derecho laboral la estabilidad laboral se deduce del principio de continuidad. Este principio se fundamenta en que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo general no se agota en una prestación. Es una relación con vocación de permanencia que, normalmente, debería concluir por muerte o jubilación del trabajador. Por ello, el contrato propio del derecho del trabajo es el indeterminado, mientras que los a tiempo determinado solo se celebran cuando la naturaleza de la prestación así lo exige.”

## **9. ANTECEDENTES DE LA ESTABILIDAD LABORAL**

Anterior al trabajo subordinado y la consiguiente estabilidad laboral, el trabajo se constituyó como una realidad indispensable para asegurar la vida del hombre. En la edad antigua se dieron formas especiales de subordinación, de tal modo que la prestación de servicios en provecho de otra persona históricamente se inicia con la esclavitud, que constituye una etapa importante en las relaciones sociales de la humanidad; pues, con la supresión de la antropofagia, el vencido salva su vida y asegura su existencia merced al sometimiento absoluto al servicio del vencedor.

Durante dicho lapso de la historia la relación de amo a esclavo fue la misma que la de propietario a la cosa poseída. El derecho romano legisló sobre el arrendamiento a locación conducción de animales de tiro, cosas muebles e inmuebles y de servicios de hombre esclavos e ingenuos. El arrendamiento de servicios humanos tuvo dos modalidades: a) El arrendamiento o locación de servicio, y b) La locación de obra, institución mediante la cual una persona se compromete a realizar una obra determinada.

Más tarde, en la edad media se dieron formas como la servidumbre, hasta que en el siglo XVII la relación laboral, adquirió características iniciales que hoy presenta.

La lucha por la estabilidad laboral se inicia conjuntamente con la industrialización sobre todo a partir del siglo XIX con la revolución industrial inglesa que trajo como consecuencia la eliminación de un gran número de trabajadores de los establecimientos industriales, lo que llevó a muchos obreros a considerar como su primer enemigo a las máquinas.

Muchos de los principales levantamientos proletarios de esa época tuvieron por objeto la destrucción de máquinas y el asesinato de sus inventores. Miles y miles de trabajadores se quedaron sin empleo viéndose compelidos a ofrecer su trabajo en condiciones inhumanas y con una exigua remuneración, problemas que dieron origen a las luchas sindicales y su manifestación a través de los convenios colectivos de trabajo con miras de alcanzar mejores condiciones de vida de los trabajadores y su familia.

Durante el siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX las relaciones laborales y contratos de trabajo se regían por lo establecido en los Códigos Civiles occidentales. Casi al finalizar el siglo XIX con fecha 27 de diciembre de 1880, se promulga en Francia la primera Ley de Estabilidad Laboral en el mundo, la misma que protegía al trabajador en caso de despido. Conforme se desprende de su artículo 1º *El contrato de arrendamiento de servicios de duración indefinida, puede terminar siempre por voluntad de cualquiera de los contratantes, sin embargo, la terminación del contrato por voluntad de uno de los contratantes, puede dar lugar a daños y perjuicios.*

En América Latina, la mayoría de las legislaciones fueron influenciadas por el Código de Comercio Español de 1885 que sirvió de modelo, en él se

establecían diversas causales de despido que se introdujeron en la figura del preaviso en su artículo 300. Esta figura fue tomada casi literalmente por el Código de Comercio Peruano de 1902 en su artículo 294.

Los antecedentes jurídicos encontrados tanto en la legislación internacional como el Código de Comercio Peruano de 1902, corresponden a relaciones jurídicas de naturaleza distinta a la relación laboral, por cuanto entonces el contrato de locación de servicios se ubicaba explícitamente en el Código Civil como una modalidad de las obligaciones de hacer, ante cuyo incumplimiento surgía el resarcimiento de daños y perjuicios.

Ya en la segunda mitad del siglo XX se han dado normas orientadas a tutelar el contrato de trabajo a plazo indeterminado tanto a nivel de cada Estado, como en normas de carácter internacional dadas por la OIT como las recomendaciones N° 166, 168, 169 y el Convenio N° 158. El artículo 4° del citado convenio determina que *“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa.”*

El 19 de noviembre de 1970 se institucionalizó por primera vez en el Perú el derecho de la estabilidad laboral absoluta, al promulgarse el Decreto Ley N° 18471 durante el gobierno de facto del Gral. Juan Velasco Alvarado, que exigía al trabajador para alcanzar este derecho un mínimo de 4 horas de trabajo y 3 meses del periodo de prueba, bajo la dependencia de un mismo empleador; plazo que fue ampliado por el Decreto Ley N° 22126 promulgado el 21 de marzo de 1978 durante el gobierno del Gral. Francisco Morales Bermúdez, este dispositivo elevó el periodo de prueba de tres meses a tres años (estabilidad relativa), para reconocer la estabilidad absoluta del trabajador, después de los tres años consecutivos bajo la dependencia del mismo empleador, conservo las 4 horas mínimas de trabajo.

Ambos dispositivos no resolvieron el problema del desempleo y subempleo que aquejaban a nuestro país; el primero fue bien recibido por los trabajadores, el segundo por los empleadores, más ninguno dio solución al problema; así, con miras de buscar la solución, se dio la Ley N° 24514 con fecha 04 de junio de 1986. Esta Ley se promulgó dentro de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política de 1979, dicha Ley no se plasmó con la eficacia de los fines que perseguía por la aplicación de los programas de emergencia estipulados.

A partir del 12 de diciembre de 1991 en nuestro país la estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 728, cuya segunda disposición transitoria determinó que los trabajadores que a la dación del referido Decreto (08/10/1991) se encontraban trabajando bajo el régimen de la Ley 24514, salvo hubieren manifestado por escrito su voluntad de acogerse al nuevo régimen, continuarían regidos por la Ley N° 24514 en determinados aspectos: En materia de falta grave, determinó la inhabilitación que autorice el despido sólo podrá ser de naturaleza judicial; la condena por delito doloso debe conllevar la inasistencia al centro de trabajo por privación física de libertad; estipuló la despedida deberá cumplir el trámite previsto en la Ley N° 24514, el Juez podrá suspender el despido de acuerdo al artículo 8 de la Ley mencionada, y no podrá sustituir la reposición por el pago de indemnización, salvo a pedido del propio trabajador; y determinó en materia de indemnización se le abonará lo indicado en el artículo 14° de esta misma Ley. En todo lo demás se le aplicaría lo estipulado por el Decreto Legislativo N° 728, cuyos alcances se rigen actualmente por el Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728).

Así mismo a nivel constitucional, ninguna de las ocho Constituciones Políticas que se dieron en el siglo XIX ampararon el derecho del trabajador, a diferencia de las cuatro constituciones promulgadas en

el siglo XX que sí lo hacen. La primera en amparar el derecho de trabajo fue la Constitución de 1920 que recibió la influencia de la Constitución Política Mexicana y de la Constitución de Weimar de 1919. La Constitución Política de 1933 garantizó los derechos sociales de los trabajadores en el título denominado Garantías Constitucionales y Sociales.

Finalmente, la Constitución Política de 1979 garantizó el derecho a la estabilidad del trabajo en su artículo 48° en tanto que la vigente Constitución Política de 1993 la regula en su artículo 27° .

La regulación de la estabilidad laboral en las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 es muy diferente. En la Constitución Política de 1979 se reconoce el derecho a la estabilidad laboral absoluta, así se estableció en el artículo 48° “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa ajena, señalada en la ley y debidamente comprobada”. La Constitución Política de 1979 no sólo contemplaba la estabilidad de salida, sino también comprendía la estabilidad de entrada, es decir su regulación era completa.

Por su parte la actual Constitución Política de 1993, expresa en su artículo 27° “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.” Es decir contempla sólo la estabilidad relativa.

## **10. LA ESTABILIDAD LABORAL**

La estabilidad laboral es un derecho con el cual se busca la conservación del contrato de trabajo ante las vicisitudes que se presenta en la relación laboral, pues el empleador ya no tiene la libre disposición del contrato con el trabajador, ya no es titular del derecho irrestricto a rescindir el vínculo laboral.

La finalidad del derecho a la estabilidad laboral se fundamenta en el derecho al trabajo que tiene todo ser humano, por cuanto es a través del trabajo que toda persona alcanza su realización y dignificación, consigue ingresos indispensables para sustentar sus necesidades y las de quienes dependen económicamente de él. Desde el punto de vista social, el trabajador contribuye con su trabajo a través de la producción y productividad, al desarrollo socio-económico.

Para el tratadista Mario de la Cueva<sup>31</sup> “El trabajador que sabe que su permanencia en el trabajo está asegurada se esforzará por desarrollar un servicio mejor, pues esta actitud le permitirá obtener un mejoramiento en su posición dentro de la empresa, una posibilidad de ascenso, un aumento de salario, y en su caso, una pensión jubilatoria. El obrero que se ve obligado frecuentemente a cambiar de ocupación, no puede interesarse en esas distintas actividades y rendirá un servicio menos eficiente.”

En el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales<sup>32</sup> se define a la estabilidad como “El derecho que todo trabajador por cuenta ajena tiene a conservar su empleo, con la correlativa obligación patronal de mantenerlo en él, salvo que aquél hubiere incurrido en causa justificada de despido legalmente determinada. La estabilidad se llama propia cuando el empleador se encuentra privado de toda posibilidad de romper el contrato laboral por su sola y arbitraria voluntad, y se denomina impropia, cuando el empleador puede despedir injustificadamente al empleado substituyendo la estabilidad por la indemnización que la ley establezca para ese supuesto. Generalmente, la estabilidad-propia afecta (por lo menos teóricamente) a los empleados públicos, y la estabilidad impropia, a los de actividades privadas.”

---

<sup>31</sup> Citado por MARIN GIL, Karem Alexandra. **La estabilidad laboral del sector público ecuatoriano y sus consecuencias en el cumplimiento de las indemnizaciones laborales** [en línea]. Tesis de Grado. Babahoyo: Universidad Técnica de Babahoyo / Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación. 2012, p. 31 Consulta: 30 de Abril de 2014. Disponible en: <[http://190.63.130.199:8080/bitstream/123456789/1456/1/TESIS\\_KAREM%20MARIN.pdf](http://190.63.130.199:8080/bitstream/123456789/1456/1/TESIS_KAREM%20MARIN.pdf)>

<sup>32</sup> OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Trigésimo sexta edición. Buenos Aires: Heliasta. 2008, p. 282.

El autor Luis Fernández Molina<sup>33</sup> manifiesta “la palabra estabilidad es equivalente en el léxico común a permanencia, seguridad, fijeza, y en tal sentido se debe aceptar en referencia a la relación laboral... en un sentido práctico, la estabilidad laboral consiste en una serie de disposiciones y medidas legales y contractuales, que limitan en algún sentido el derecho del patrono libre al despido. La estabilidad viene a ser un derecho del trabajador a su trabajo, derecho reconocido en mayor o menor escala, según fuere la respectiva legislación vigente.”

Américo Plá Rodríguez dice al respecto “Si tomamos la palabra «estabilidad» en su sentido de firmeza, de resistencia a la fragilidad, corremos el riesgo de enfocar el tema que nos ocupa desde el punto de vista de la extinción de la relación de trabajo. Empero, el vocablo en cuestión también puede ser considerado como sinónimo de permanencia en el empleo, de continuidad, y en esta acepción se opondría a lo precario, es decir, a lo que es de corta duración.”<sup>34</sup>

Por su parte el Dr. Humberto Villasmil Prieto,<sup>35</sup> señala “La doctrina moderna reconoce mayoritariamente dos tipos de estabilidad: la estabilidad propia o directa y la estabilidad indirecta o impropia. Del primer supuesto se deriva que el “contrato individual de trabajo” no podrá ser resuelto unilateralmente por el patrono, a menos que se evidencie una causal justificada de resolución o más propiamente de despido, previamente declarada por el funcionario del trabajo competente.

La estabilidad impropia o indirecta, establecida como sistema legislativo, no impide en todo caso al patrono rescindir unilateralmente y sin justa causa el contrato individual de trabajo, aun

---

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. Nueva Guatemala de la Asunción: Inversiones Educativas. 2004, p. 130-131.

<sup>34</sup> PLÁ RODRÍGUEZ Américo [et al.] **Estabilidad en el empleo, soluciones de conflictos de trabajo y concertación social: (Perspectiva iberoamericana)**. Murcia: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones. 1989, p. 18.

<sup>35</sup> VILLASMIL PRIETO, Humberto **Estudios de derecho del trabajo**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 2006, p. 271.

cuando el despido por él ejercido, de una manera abusiva -dada la ausencia de motivación en derecho-, acarrearía pagos indemnizatorios al trabajador.”

## 11. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ESTABILIDAD LABORAL

El principio de la estabilidad laboral tiene naturaleza jurídica mixta, de orden público y privado, por la dualidad de intereses que las normas laborales tutelan.

Es el Estado quien tiene la obligación de asegurar el pleno goce los derechos laborales dentro del marco jurídico-económico del país, además de tratar de equilibrar por medio de la legislación interna y el uso de instituciones, la desigualdad que existe entre el empleador y el trabajador, ya que son polos que se encuentran en situaciones totalmente distintas.

En este sentido, el artículo 45<sup>36</sup> incisos a) y b) de la carta de la Organización de los Estados Americanos proclama:

- a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
- b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.

---

<sup>36</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta de la organización de los estados americanos.** Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria.

## 12. ESTABILIDAD LABORAL ABSOLUTA Y RELATIVA

### 12.1. LA ESTABILIDAD ABSOLUTA

Denominada PERDURABILIDAD, se le define como la posición vitalicia del empleo hasta la jubilación o retiro por parte del trabajador de su cargo o función laboral. El vínculo laboral sólo puede disolverse si se acreditan las causales indicadas en la Ley.

Podemos distinguir dos tipos de Estabilidad Absoluta

- a) **Estabilidad Absoluta Flexible.**- Admite el despido mediante justa causa. En caso de no haberse probado la causal que motivó el despido, la reposición o pago de la indemnización, lo decide la autoridad.
- b) **Estabilidad Absoluta Rígida.**- Admite como causales de despido sólo las determinadas por Ley; admite la reposición o indemnización a elección del trabajador, en el caso de no haberse probado la causal que lo motivó.

### 12.2. LA ESTABILIDAD RELATIVA

Se define como DURABILIDAD, da lugar a la subsistencia normal o indefinida de un contrato de trabajo. La estabilidad relativa permite al empleador poner término al vínculo contractual abonando una indemnización.

La estabilidad relativa puede ser:

- a) **Estabilidad Relativa Propia.**- Es igual a la estabilidad absoluta, pero no procede la reposición contra la voluntad del empleador. El trabajador puede realizar las mismas acciones que en el caso que la estabilidad absoluta.

- b) **Estabilidad Relativa Impropia.**- Permite al empleador extinguir la relación contractual aún sin justa causa (despido arbitrario). El despido siempre es eficaz pero se fija una reparación indemnizatoria y se prescinde del daño concreto. No procede la reposición.

### 13. ESTABILIDAD LABORAL DE INICIO Y DE SALIDA

Doctrinalmente, del principio de continuidad nace el concepto de estabilidad que opera en los dos extremos de la relación laboral; en su inicio con la estabilidad de entrada que se traduce en la preferencia por los contratos de duración indefinida, y en su extinción, con la llamada estabilidad de salida que se expresa en la resistencia a admitir la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, sin expresar justa causa.

Respecto de la estabilidad de entrada en el N° 12 de la Revista Latinoamericana de Derecho Social<sup>37</sup> se señala “Con la “estabilidad de entrada” se pone en evidencia la directa relación que existe entre la naturaleza de la labor a desempeñar y la duración del contrato a celebrar, según la cual, a labores permanentes le corresponden contratos de trabajo de duración indefinida, siendo la temporalidad la excepción, siempre y cuando el supuesto de hecho para recurrir a una modalidad de contrato temporal esté habilitado como causa objetiva por una ley y se cumplan los requisitos de forma por ella exigidos.”

Más adelante en la citada Revista en las pp. 184-185 respecto de la estabilidad de salida se indica “El artículo 27 de la Constitución (“la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”) manda al legislador a otorgar — mediante una ley— la adecuada protección al trabajador contra

---

<sup>37</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS – UNAM. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**. Número 12, Enero-Junio de 2011. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Universidad Nacional Autónoma de México. 2011, p. 182.

el despido arbitrario, sin predeterminedar la o las modalidades de la protección ni las características que permitan calificar a ésta como adecuada. Con la reserva de ley que impone el mencionado artículo, la eficacia de la reparación en los casos de despido queda subordinada a lo que disponga la ley encargada de su regulación.”

#### **14. EL PERIODO DE PRUEBA**

El periodo de prueba es el lapso de tiempo común a ambas partes contratantes, durante el cual cualquiera de las partes, tanto empleador como empleado, puede dar por finalizada la relación laboral sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna con motivo de la resolución del contrato.

Se ha definido al periodo de prueba como el tiempo durante el cual tanto el empleador como el trabajador evalúan las condiciones de trabajo. El empleador evaluará la capacidad del trabajador, en tanto que el trabajador evaluará si el empleador cumple con los beneficios y condiciones de trabajo ofrecidos.

El periodo de prueba es característico de los contratos indefinidos o sujetos a relación de subordinación y dependencia, en los contratos a plazo fijo, no es necesario el periodo de prueba. Si el trabajador ya ha desempeñado con anterioridad para el mismo empleador las mismas funciones para las que se le contrata nuevamente, el periodo de prueba será suprimido.

La condición del periodo de prueba se cumple con el transcurso del tiempo establecido y con la prestación de los servicios en la forma acordada, concluido el periodo señalado como prueba, si las partes no establecen desacuerdo, el contrato se consolida y adquiere total eficacia. Si el empleador quiere despedir al trabajador después de pasado el periodo de prueba sin pagar indemnización, tiene que existir una justa causa, en caso contrario estaríamos frente a un despido arbitrario.

Respecto de la definición del periodo de prueba, Salvador Del Rey Guanter, señala “La institución jurídica del periodo de prueba tiene su justificación en la necesidad de que trabajador y empleador se conozcan y puedan valorar sus aptitudes, durante un periodo de tiempo razonable, pudiendo en caso de no ser satisfactoria la prestación de los servicios, resolver libremente el contrato sin necesidad de alegar una causa concreta que justifique la resolución del contrato, distinto del mero desistimiento de la relación laboral.”<sup>38</sup>

Por su parte José María Goerlich Peset<sup>39</sup> nos dice “A partir de su regulación, doctrina y tribunales coinciden en definir el «periodo de prueba» como un pacto entre empresario y trabajador destinado a la experimentación y al mutuo conocimiento de las partes en el inicio de la relación laboral, y cuya peculiaridad reside en que, durante su vigencia, cualquiera de ellas puede dar por terminado el contrato de trabajo por su sola voluntad, sin necesidad de que concurra causa específica para adoptar esta decisión, sin requerirse tampoco preaviso, y sin que dicha extinción genere derecho a indemnización para el otro contratante, salvo que expresamente así lo hubieran convenido.”

Roberto Gómez García, y Juan Manuel Ponce Medero,<sup>40</sup> definen al periodo de prueba como aquel que tiene por objeto “Demostrar que el trabajador tiene la aptitud para el trabajo que va a desempeñar. Para esta demostración, el empresario y el trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.”

---

<sup>38</sup> DEL REY GUANTER, Salvador [director]. **Estatuto de los trabajadores**. Segunda edición. Madrid: La Ley. 2007, p. 300.

<sup>39</sup> GOERLICH PESET, José María [coordinador]. **Contratación laboral y tipos de contrato: Criterios jurisprudenciales**. Valladolid: LEX NOVA. 2010, p. 79.

<sup>40</sup> GÓMEZ GARCÍA, Roberto y PONCE MEDERO, Juan Manuel. **Contratación laboral 2008: Todo lo que necesita saber sobre los contratos**. Madrid: Fundación CONFEMETAL. 2008, p. 49-50.

El Dr. Carlos Blancas Bustamante<sup>41</sup> define al periodo de prueba como “Una institución que hace posible que ambas partes de la relación laboral –empleador y trabajador– se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales –personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizar el servicio– antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad.”

Otros autores nos dan las siguientes definiciones “Es el tiempo concertado por el trabajador y el empresario durante el cual cualquiera de ellos puede dar por finalizada la relación laboral sin preaviso, sin necesidad de alegar ninguna causa y sin derecho a indemnización.”<sup>42</sup>

“Durante cualquier momento del periodo de prueba, el trabajador o el empresario pueden rescindir el contrato sin tener que alegar una causa, ni preavisar. En estos casos no corresponde ninguna indemnización, ni para el trabajador, ni para el empresario, pero el trabajador tiene derecho a cobrar el salario que le corresponde por los días que ha trabajado.”<sup>43</sup>

“La jurisprudencia admite que en cualquier momento cualquiera de los contratantes pueda ejercitar libremente su desistimiento. Y esta posibilidad de «*desistimiento ad nutum*», es lo que determinará que no exista una restricción abusiva de la libertad contractual civil.”<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. **El despido en el derecho laboral peruano**. Segunda edición. Lima: Ara Editores. 2006, p. 126.

<sup>42</sup> RUBIO GIL, Ángeles. **Ganarse el puesto y superar con éxito el periodo de prueba**. sl.: Díaz de Santos. 2008, p. 123.

<sup>43</sup> EQUIPO DE FORMACIÓN DE LA ESCUELA JULIÁN BESTEIRO-UGT. **Contratos de trabajo**. Cuarta Edición revisada. Madrid: UGT - Escuela Julián Besteiro. 2001. p.11.

<sup>44</sup> SELMA PENALVA, Alejandra. **Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española**. Valencia: TIRANT LO BLANCH. 2007, p. 122.

“Periodo de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de este ultimo, apreciar la conveniencia de las condiciones laborales.”<sup>45</sup>

“El periodo de prueba forma parte del contrato de trabajo y como tal a él se extiende la protección otorgada por el Fuero Laboral Constitucional. Ello no quiere decir que el empleador no puede hacer uso de su derecho a dar por terminado el contrato de trabajo si las aptitudes del trabajador no se ajustan al servicio requerido.

Lo que no le está permitido al empleador es dar por terminado el contrato de trabajo, con fundamento en un hecho o causa discriminatoria, así argumete que está ejerciendo un derecho fundamentado en una norma legal, pues de sus actos brotará la real motivación de la terminación del contrato.”<sup>46</sup>

## 15. OBJETIVO DEL PERIODO DE PRUEBA

La previsión de un periodo de prueba en el contrato de trabajo, pretende cumplir el objetivo de permitir al empleador apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo vacante y al trabajador darle ocasión de conocer en la práctica la tarea que debe desempeñar, saber si puede efectuarla y valorar si las funciones asignadas resultan acordes con la remuneración convenida. El periodo de prueba es entonces esa etapa donde el empleador conoce al empleado y el empleado conoce las condiciones de trabajo.

---

<sup>45</sup> DÍAZ DAZA, Víctor Julio. **Administración de personal y liquidación de nómina: Aspectos prácticos y jurídicos**. Cuarta edición. Barranquilla: Universidad del Norte. 2011, p. 40.

<sup>46</sup> GIRALDO HOYOS, Jorge Antonio. **El fuero laboral constitucional** [en línea]. Tesis de Grado. Bogota, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana / Facultad de Ciencias Jurídicas. 2002, p. 115. Consulta: 30 de Abril de 2014. Disponible en: <<http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-22.pdf>>

Respecto al objetivo que se pretende con el periodo de prueba José María Goerlich Peset <sup>47</sup> señala “A la vista de su definición, el periodo de prueba constituye una fase inicial del contrato de trabajo, dirigida al conocimiento recíproco de los contratantes y cuyo objeto, según vienen interpretando los tribunales, consiste en que el empresario pueda comprobar tanto las aptitudes profesionales como las condiciones personales del trabajador, y que éste, a su vez, pueda verificar las características del trabajo y su entorno (STS de 2 de febrero de 1983). En definitiva, la estipulación de este pacto tiene como fin último verificar si se cumplen las expectativas depositadas por uno y otro en su vínculo contractual, a efectos de decidir si otorgan estabilidad y carácter definitivo a la relación laboral concertada, o si, por el contrario, alguno de ellos opta por resolver libremente el contrato.”

Así mismo, Mónica Lucía Granda Viveros nos dice “Es la etapa Inicial del contrato de trabajo: tiene como finalidad por parte del empleador visualizar las aptitudes del trabajador y por parte de este último, apreciar las condiciones del trabajo por realizar. El periodo de prueba debe ser convenido siempre por escrito.”<sup>48</sup>

## 16. CARACTERÍSTICAS DEL PERIODO DE PRUEBA<sup>49</sup>

- a) Permite a las partes tener conocimiento de la prestación de los servicios y las condiciones laborales.
- b) Posibilidad de conocer la capacidad laboral del trabajador, su aptitud para la profesión u oficio.
- c) Clasificar al trabajador para que desempeñe una tarea determinada, en el campo que se desenvuelve mejor.

---

<sup>47</sup> GOERLICH PESET, José María [coordinador]. **Contratación laboral y tipos de contrato: Criterios jurisprudenciales**. Valladolid: LEX NOVA. 2010, p. 80.

<sup>48</sup> GRANDA VIVEROS, Mónica Lucía. **Fundamentos de legislación laboral**. Medellín: Instituto Tecnológico Metropolitano. 2007, p 41.

<sup>49</sup> <http://derecho911.blogspot.com/2013/08/periodo-de-prueba-preaviso-derecho.html> fecha de consulta 02 enero 2014.

d) Existe un tiempo de ensayo, para permitir al trabajador capacitarse en su trabajo y fijar así las condiciones sobre la naturaleza jurídica de este periodo, diferentes teorías lo consideran: como un contrato preliminar; como un contrato de trabajo de duración determinada; como un contrato autónomo, como un contrato condicional de trabajo, esta tesis es la más seguida y aceptada empero divide a los teóricos en dos grupos: los que estiman la condición suspensiva y los que la interpretan como resolutoria. Sobre la primera posición existe controversia, por cuanto de tales condiciones depende el nacimiento de una obligación, y en el periodo de prueba existen prestaciones recíprocas, por ello es más sólida la consideración de una condición resolutoria del contrato laboral, ya que a esta índole le corresponde subordinar a un hecho futuro e incierto; la resolución de un derecho adquirido al iniciar el vínculo jurídico, si transcurrido el periodo de prueba el trabajador continúa prestando sus servicios, los derechos adquiridos quedan irrevocablemente firmes, como si nunca hubiera habido condición.

Por su carácter de ensayo e inestabilidad, empleador y trabajador tienen el derecho de rescindir unilateralmente el contrato de trabajo en el periodo inicial, y en cualquier momento, sin preaviso ni indemnización ni desahucio.

## **17. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA INTERRUPCIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA**

Los trabajadores que se encuentren en prueba al momento de terminar el contrato laboral, tienen derecho a todas las prestaciones de ley. El trabajador tiene derecho a que se le reconozcan derechos laborales como la seguridad social, las prestaciones sociales, y obviamente el sueldo, sin importar el tiempo que dure la relación laboral. Lo único a que no tiene derecho el trabajador en el periodo de prueba, es a que se le indemnice en caso de ser despedido, y obviamente que tampoco tiene derecho a que se ratifique el contrato de trabajo.

El tratadista Víctor Julio Díaz Daza,<sup>50</sup> abunda en los efectos que genera la resolución del periodo de prueba, haciendo hincapié en los derechos fundamentales de los trabajadores y señala lo siguiente “Durante el periodo de prueba puede darse por terminado unilateralmente el contrato de trabajo en cualquier momento, sin previo aviso, y sin lugar al pago de indemnización por despido. Pero esa decisión unilateral de las partes, en especial la del empleador, no puede desconocer derechos fundamentales de los trabajadores [...]

Se discute si la mujer en estado de gravidez puede o no ser terminada por encontrarse en periodo de prueba. Algunos consideran que si, posición que sustentan en que de no permitirse esta terminación desaparecería el fundamento del periodo de prueba en estos casos, el cual es lograr el conocimiento de las condiciones laborales, o de las aptitudes del trabajador; y que, además, la terminación del contrato por periodo de prueba no constituye un típico despido sino un modo legal de terminación del contrato, y la mujer en estado de embarazo está protegida contra despidos; otros consideran que no porque la ley establece que a la terminación del contrato por periodo de prueba, el trabajador tiene derecho al pago de todas las prestaciones sociales, y los beneficios por maternidad es una prestación social.”

#### **18. REGULACIÓN JURÍDICA DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL D.S. N° 003-97-TR LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL**

El periodo de prueba es la institución laboral que está contemplada en el artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo), regulándolo de la siguiente manera:

---

<sup>50</sup> *Op. Cit.* DÍAZ DAZA, Víctor Julio. pp. 41-42.

"Artículo 10º.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieren de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección."

Por su parte, el Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR regula el periodo de prueba en los siguientes términos:

"Artículo 16º.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el Periodo de Prueba establecido por la Ley.

No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese.

"Artículo 17º.- El exceso del Periodo de Prueba que se pactara superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno".

Como podemos observar, en el citado cuerpo legal hallamos dos tipos de periodo de prueba: Común y especial.

- a) El periodo de prueba común u ordinario, que está orientado a los trabajadores que desarrollan labores de naturaleza ordinaria. En este caso, el periodo de prueba está constituido por los tres primeros meses de la relación laboral a cuyo término el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario.
- b) El periodo de prueba especial, es aquel que está destinado a labores de mayor responsabilidad por el grado de acercamiento con el empleador, por ello se requiere de un lapso mayor de tiempo para la adaptación laboral.

En estos casos las partes pueden pactar un periodo de prueba con un plazo mayor, dado que las labores requieran un periodo más amplio de capacitación o adaptación, o por el mayor grado de responsabilidad. Tratándose de trabajadores calificados o de confianza el periodo de prueba se puede extender hasta 6 meses y tratándose de personal de dirección, el periodo de prueba se puede extender hasta un año.

La citada norma reconoce como situación especial las categorías de trabajadores de confianza y personal de dirección, estos parámetros precisamos a continuación:

- Trabajadores de confianza, son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general a información de carácter reservado, del mismo modo que aquellos cuyas opiniones o informes son presentados al personal de dirección, contribuyendo a la formación de decisiones empresariales.
- Personal de dirección, es aquel que ejerce la representación del empleador frente a otros trabajadores y terceros, con funciones de administración y control, de cuya actividad o grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

## 19. NATURALEZA JURÍDICA DEL PERIODO DE PRUEBA

Respecto a la naturaleza jurídica del periodo de prueba, en la Revista Actualidad Empresarial N° 174<sup>51</sup> se indica lo siguiente “El rasgo particular y principal efecto del periodo de prueba es que mientras dure este periodo, cualquiera de las partes puede dar por terminada la relación laboral, sin las obligaciones ni las formalidades establecidas, pudiendo operar, de pleno derecho. Hay que recordar que, si el trabajador decide renunciar al empleo, tiene que comunicar dicha decisión con 30 días de anticipación; y si el empleador despide al trabajador, dependiendo de la clase de despido, deberá pagar una indemnización tarifada o probar la existencia de una causa justa y cumplir con el procedimiento previo, entre otras cargas laborales. Ninguna de estas obligaciones se les exige a las partes cuando deciden extinguir el vínculo laboral dentro del periodo de prueba; excepto, el pago de los beneficios sociales por parte del empleador (si fuera el caso) generados a la fecha de cese. (...)

Es importante señalar, de acuerdo al precepto citado, que en nuestro ordenamiento laboral el periodo de prueba no opera como un pacto de prueba, esto es, como un acuerdo que las partes pueden pactar. En nuestra normativa laboral, el periodo de prueba se aplica sin importar si este se ha declarado expresamente, o si las partes han dejado constancia de su existencia por escrito. Sin embargo, el empleador puede exonerar al trabajador de este periodo, para tal efecto deberá constar expresamente en el contrato de trabajo.”

---

<sup>51</sup> INSTITUTO PACÍFICO. **Revista actualidad empresarial N° 174 - Primera quincena de enero 2009**. Lima: Pacífico Editores. 2009, p. V-4.

## 20. JUSTIFICACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

La existencia de periodo de prueba, permitirá al empleador tener la certeza de que el trabajador que contrate resultará apto para el servicio por el cual está siendo contratado. Por otro lado, el periodo de prueba permitirá al trabajador conocer las tareas que deberá desempeñar, de manera que podrá advertir si se siente capaz de efectuarlas y, si el trabajo realizado está acorde con la remuneración acordada.

En relación a la justificación del periodo de prueba, en la Revista actualidad empresarial N° 281<sup>52</sup> se señala “El periodo de prueba persigue dos finalidades: «Comprobar la actitud técnica, así como, en general, las condiciones personales –de rendimiento y éticas– del interesado sometido a prueba, y evitar, negativamente los riesgos de un contrato de trabajo celebrado ya inicialmente, con carácter definitivo, dados los lazos de estabilidad que tal contrato puede suponer desde el punto de vista jurídico-positivo». (...)

El periodo de prueba, como institución jurídica perteneciente al derecho del trabajo, ha sido establecido con la finalidad de salvaguardar los ciclos productivos de una empresa que podrían verse mermados ante la contratación de un trabajador que no tuviere las actitudes técnicas o profesionales suficientes, en tanto, que si bien el derecho del trabajo es por naturaleza tuitivo no es un derecho destructor de las exigencias y aun de conveniencias de las empresas; por lo que restringe la autonomía de la voluntad para evitar la explotación de los trabajadores, pero no tiene como propósito dificultar o estorbar la buena marcha de una negociación. (...)

Por tanto, el periodo de prueba –tanto doctrinaria como legalmente– tiene como objetivo exclusivo la verificación de cualidades para el cumplimiento de las funciones para el cual el trabajador fue contratado.”

---

<sup>52</sup> INSTITUTO PACÍFICO. **Revista actualidad empresarial N° 281 - Segunda quincena de junio 2013**. Lima: Pacífico Editores. 2013, p. VI-8.

## 21. FORMALIDAD PARA EL PERIODO DE PRUEBA

Nuestra normatividad laboral no exige el periodo de prueba como requisito de validez, su manifestación expresa en el contrato de trabajo, por lo que no podríamos decir que estamos frente a un acto jurídico *ad solemnitatem*.

Sin embargo, ello no significa que ante la ausencia de un periodo de prueba pactado, verbal o escrito, implique su inexistencia, toda vez que para estos casos será de aplicación el plazo previsto por la ley.

Recordemos que la Ley como norma pública debe ser de obligatoria observancia y cumplimiento por las partes celebrantes del contrato de trabajo, por lo que ante cualquier omisión que se incurriera al momento de celebrarse el contrato, será de aplicación las normas previstas por la Ley.

## 22. DURACIÓN Y PRÓRROGA DEL PERIODO DE PRUEBA

El periodo de prueba laboral según el artículo 10º del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) tiene una duración de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanzará la protección contra el despido arbitrario. Asimismo, refiere que las partes pueden pactar un término mayor en los siguientes casos:

1. Cuando las labores requieran un periodo de capacitación o adaptación mayor;
2. Cuando se derive de la propia naturaleza de las labores; y
3. Cuando el grado de responsabilidad de las labores requiera la prolongación justificada.

Además, cabe indicar que por mandato expreso en caso se amplíe el periodo de prueba a un tiempo mayor a los tres meses, éste deberá constar por escrito y no podrá exceder en conjunto con el periodo

inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección. Por tanto:

- Para el caso de los trabajadores calificados o de confianza, el periodo de prueba no podrá exceder de seis meses.
- Para el caso del personal de dirección el periodo de prueba no podrá exceder de un año.

Cabe precisar que por disposición del artículo 16º del Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR se consideran dos situaciones excepcionales que se presentan durante el periodo de prueba. Estas dos excepciones hacen referencia a la incapacidad del trabajador o la suspensión del contrato de trabajo.

De tal modo que, si se suspende el contrato de trabajo o se da el reingreso del trabajador al centro laboral, se sumarán los periodos efectivamente laborados en cada oportunidad hasta completar el plazo establecido por la ley. Sin embargo, si el reingreso del trabajador se produce a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que dicho reingreso se haya producido luego del transcurso de tres (3) años del cese, no se acumularán los periodos a efectos de sumar los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley.

En relación a lo indicado en los párrafos anteriores, en la Revista Actualidad Empresarial N° 174<sup>53</sup> se sostiene lo siguiente “Considerando que la principal función del periodo de prueba para el empleador es la de verificar las aptitudes y habilidades del trabajador, el plazo de tres (3) meses que legalmente se ha establecido pueden resultar muy ínfimo cuando se desee evaluar ciertos puestos especiales de trabajo, tales como los puestos de dirección y confianza, u otras calificaciones especiales.

---

<sup>53</sup> *Op. Cit.* INSTITUTO PACÍFICO. **Revista actualidad empresarial N° 174** pp. V-4 - V-5.

Es por ello que en nuestra normativa laboral se ha establecido la posibilidad de ampliar el periodo de prueba para ciertos puestos de trabajo que por su naturaleza requieren un periodo mayor de adaptación y evaluación. En ese sentido, el segundo párrafo del artículo 10º de la LPCL, respecto a la posibilidad de extender el periodo de prueba, expresa lo siguiente:

#### Artículo 10º

“(…) Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”.

Complementa el tema el artículo 17º del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, que señala lo siguiente:

#### Artículo 17º

“El exceso del periodo de prueba que se pactará superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno.”

Conforme la normativa citada, podemos mencionar las siguientes características respecto al régimen jurídico de la ampliación del periodo de prueba:

- La extensión del periodo de prueba opera únicamente cuando existe un acuerdo entre el trabajador y el empleador. Para que dicha ampliación sea válida, nuestra normativa requiere que esta conste necesariamente por escrito.

- Como regla general, la extensión del periodo de prueba puede darse en el caso que las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación sea justificada. Por tanto, aquellos puestos de trabajo que cumplan con dichos parámetros, como por ejemplo las calificaciones especiales de dirección y de confianza, resulta plenamente válido la ampliación del periodo de prueba.
- Si bien es cierto que pueden extenderse el periodo de prueba, se ha fijado un plazo límite para que pueda producirse dicha extensión.

Así, se ha establecido que el periodo de prueba puede ser ampliado hasta por seis (6) meses en los puestos de confianza y en aquellos de especial calificación, mientras que para los de puestos de dirección, la ampliación del periodo de prueba puede ser hasta por un (1) año. Toda extensión del periodo de prueba superior a los límites señalados se entenderá como no puesta.

- Para que opere la ampliación del periodo de prueba, acorde con el principio de primacía de la realidad, no es suficiente que las partes aleguen que los servicios que se prestarán requieren de una especial calificación y evaluación; sino que éstos deben serlo por su propia naturaleza. En otras palabras, para que proceda la ampliación del periodo de prueba, dicha ampliación debe realizarse por la real naturaleza del servicio a prestar, y no así por la calificación que puedan hacer las partes laborales en los acuerdos que celebren.

En suma, la ampliación del periodo de prueba, además de operar para ciertos supuestos de trabajo excepcionales, éstos deben encontrarse corroborados con la realidad de los hechos y no con lo descrito en los documentos, además de suscribirse obligatoriamente por escrito para que sea válidamente declarado.

Piénsese, por ejemplo, que dentro del contrato de trabajo que firma el trabajador para prestar servicios de asistente de contabilidad se establece un periodo de prueba de seis (6) meses. En este caso, a pesar que en el contrato de trabajo la ampliación del periodo de prueba se encuentra formalizado por escrito, esta resultará inválida, toda vez que el puesto de trabajo que se va ejecutar no justifica, por su propia naturaleza, dicha extensión.”

### 23. EFECTOS DEL PERIODO DE PRUEBA

- En cuanto a su forma y duración, el Periodo de Prueba dependerá de la asumida para la celebración del contrato de trabajo y de la acordada por las partes, respectivamente, salvo los casos de ampliación del Periodo de Prueba que deberá constar por escrito y no podrá superar los seis meses o el año completo. Caso contrario, se estará a lo establecido por la ley.
- Durante el Periodo de Prueba, el trabajador tiene los mismos derechos y obligaciones que un trabajador cuyo Periodo de Prueba ha transcurrido ya con éxito, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

Este es un aspecto que en la práctica viene siendo confundido. La ley no establece distinción alguna entre un trabajador sujeto a Periodo de Prueba que uno que ya superó el Periodo de Prueba; por esta razón, el Periodo de Prueba no podrá ser justificación alguna para que el empleador no cumpla con sus obligaciones inherentes al contrato de trabajo, es decir, registrar a su trabajador en el libro de planillas, abonar el pago de sus beneficios sociales una vez superado el mes de labor, entre otros.

- Durante la vigencia del Periodo de Prueba, el contrato puede ser resuelto por cualquiera de las partes. En este orden, tanto empleador como trabajador podrán resolver el contrato de trabajo mientras dure la vigencia del Periodo de Prueba.

- Como consecuencia de la resolución del contrato de trabajo durante la vigencia del Periodo de Prueba, las partes no se deben entre sí indemnización alguna. Ello es una consecuencia intrínseca del Periodo de Prueba toda vez que las partes han considerado la inconveniencia de la relación de trabajo.
- Si bien la norma no establece sanción de nulidad frente a los casos de fraude o simulación del Periodo de Prueba, el Reglamento establece que los periodos superiores a los establecidos en la ley no surtirán efecto legal alguno.
- Es posible la acumulación del periodo de prueba, salvo los casos establecidos por la Ley y el Reglamento.

#### **24. LA EXTINCIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA**

Respecto a la extinción del periodo de prueba, la doctrina sostiene que aquella está sujeta a un régimen excepcional. En efecto y conforme se ha señalado anteriormente, las partes en cualquier momento del periodo de prueba pueden resolver el contrato de trabajo sin incurrir en responsabilidad; de manera que no será necesario esperar el vencimiento del plazo pactado para el periodo de prueba. Así mismo, la doctrina es unánime al señalar que los vínculos que se establecen entre el trabajador y su empleador durante el periodo de prueba son extremadamente frágiles.

#### **25. EXONERACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA**

Debe precisarse que en este aspecto el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) no contiene disposición alguna que limite al empleador. Así, si el empleador lo estima conveniente puede pactar en el contrato laboral, que el trabajador queda exonerado del periodo de prueba.

De esta manera, de pactarse la exoneración, se encontraría protegido contra el despido arbitrario desde el inicio de su actividad en el centro de trabajo, pero no puede pactarse de ninguna forma periodos de prueba que excedan los plazos contemplados por la Ley, ya que serán dejados sin efecto o como cláusulas no puestas.

## 26. PARTICULARIDADES DEL PERIODO DE PRUEBA

- No es necesario que se consigne en el contrato de trabajo la duración del periodo de prueba (03 meses) ya que la Ley como norma pública es de observancia obligatoria.
- Durante el periodo de prueba cualquiera de las partes, tanto el empleador como el empleado pueden extinguir el vínculo laboral.
- Para resolver el vínculo contractual no es necesario el preaviso o alegar alguna causal.
- Durante el periodo de prueba el trabajador tiene los mismos derechos laborales que un trabajador que ya superó dicho periodo.
- Si se produce la extinción del vínculo laboral dentro del periodo de prueba, al trabajador le corresponde la liquidación de beneficios sociales.
- Si se resuelve el contrato dentro del periodo de prueba, no hay derecho a indemnización alguna.
- La ampliación del periodo de prueba tiene que constar por escrito en el contrato de trabajo, en caso contrario, se tomara el tiempo establecido por Ley (03 meses).

Conforme ha sido establecido, la Ley determina como regla general que el periodo de prueba es de tres meses y a diferencia de otras legislaciones, no exige que conste por escrito en el contrato de trabajo.

Hubiera sido apropiado que se faculte a las partes a pactar un plazo menor al establecido por la Ley. No obstante, la norma no prohíbe de manera expresa que las partes puedan establecer un plazo inferior al previsto, por lo que sería facultad de las partes establecer un plazo menor o incluso exonerar al trabajador del periodo de prueba. El único supuesto regulado por la Ley es el incremento del periodo de prueba cuando se requiera de un periodo de capacitación o adaptación, o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. Sin embargo, tanto la Ley como su Reglamento no establecen los supuestos que permitan justificar su prolongación por lo que esta figura podría fácilmente ser mal utilizada a fin de incrementar innecesaria y abusivamente el periodo de prueba.

Por su parte, en los casos de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, el Reglamento permite la acumulación de los periodos laborados hasta completar el periodo de prueba.

Para el primer caso resulta comprensible, toda vez que durante la suspensión del contrato de trabajo el trabajador no ha prestado servicios para la entidad empleadora; sin embargo, para el segundo supuesto normativo resulta innecesario toda vez que, si bien es cierto, nos encontramos frente a un caso en el cual el contrato de trabajo se extinguió sin haber sido superado el periodo de prueba, también lo es que el empleador nuevamente ha decidido contratar los servicios del trabajador cesado en atención a sus cualidades profesionales, de manera que sería innecesario someterlo nuevamente a un periodo de prueba, a no ser que el servicio a prestar haya variado sustancialmente.

Respecto al extensión del periodo de prueba, el Reglamento establece que si se pacta periodos superiores a los seis meses o el año para el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, aquellos no surtirán efecto legal alguno.

En primer lugar, podemos observar que la norma en mención no establece manera expresa las sanciones que implique la simulación de un periodo mayor al establecido por la Ley, limitándose a establecer que dicho pacto no surtirá efecto legal alguno y, en segundo lugar, solamente se ha hecho mención a los trabajadores calificados o de confianza; en tal sentido formulamos la siguiente interrogante ¿Qué pasa si se pacta un periodo superior a los tres meses para el caso de trabajadores no calificados o de confianza? ¿Surtiría efecto legal el exceso pactado, o dicha cláusula se tendría por no puesta; es decir, no surtiría efecto legal alguno?.

No obstante que el legislador omitió pronunciarse respecto a este caso en particular, consideramos que sería de aplicación el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77º de la Ley; esto es, la desnaturalización del contrato de trabajo cuando el trabajador demuestra la existencia de simulación o fraude.

## **27. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN SENTIDO AMPLIO**

La forma de entender los derechos fundamentales que ahora son entendidos como derechos exigibles, ha cambiado drásticamente. No sólo se ha ampliado el catálogo de los derechos que se consideraban como fundamentales, (de modo que han pasado a entenderse como tales el derecho a la sindicación, la huelga, la salud o la educación) sino que además, derechos como la igualdad han comenzado a interpretarse de modo más inclusivo, ampliando con ello lo que se consideraba como derecho fundamental.

Es así como no debe resultar extraño que hoy buena parte de la doctrina interprete el derecho fundamental a la igualdad, como un principio general en sentido amplio, en virtud del cual se le puede exigir al Estado y a otros particulares, no sólo que no diferencien a las personas, grupos de personas o estados de cosas, sino que además

se tomen las medidas necesarias para que las desigualdades que existen desaparezcan. Esto hace que el derecho fundamental a la igualdad sea considerado por muchos como un derecho de doble faz, cuyo cumplimiento se puede exigir tanto negativa como positivamente.

Sabemos que todo principio constituye la base o cimiento de una norma, el cual procura no solo la correcta interpretación o aplicación de una norma o Ley, sino también busca el bienestar de la sociedad; en términos generales, cuando hacemos referencia a la igualdad se nos viene a la mente sinónimos como equidad, justicia o no discriminación.

Lo cierto es que dicho significado ha trascendido no solo a lo largo de la historia sino también de la jurisprudencia, y precisamente el Tribunal Constitucional<sup>54</sup> señala que “La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele”.

Respecto de la definición de igualdad, Grenfieth de Jesús Sierra Cadena<sup>55</sup> nos da una muy concisa “La igualdad se define en el sentido mismo de toda acción pública del Estado, resultando ser las políticas públicas garantía concreta de esta igualdad.”

Para Javier Neves Mujica<sup>56</sup> “El principio de igualdad supone comparar dos situaciones y conferir el trato correspondiente: igual trato a situaciones iguales y desigual trato a situaciones desiguales. Tanto el Estado como los particulares, en nuestros actos normativos o no, estamos obligados a procurar este trato equivalente”.

---

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 0606-2004-AA/TC

<sup>55</sup> SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. **El Juez constitucional: Un actor regulador de las políticas públicas**. Bogotá: Universidad del Rosario. 2009, p. 63.

<sup>56</sup> NEVES MUJICA, Javier. **Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Lima: Palestra, 2006, p. 339.

Por su parte María Marta Didier<sup>57</sup> señala que “La igualdad ha sido definida como una relación entre dos o más objetos, los cuales coinciden en un elemento (*tertium comparationis*) tomado en consideración. Por tanto, la relación de igualdad puede darse con respecto a diversos entes pertenecientes a diferentes ámbitos de la realidad, encontrándose entre ellos el ámbito de lo jurídico dentro del cual asume significados propios y característicos.”

## 28. LA PARADOJA DE LA IGUALDAD

El problema en un sentido amplio, radica en la conciliación entre el Estado de Derecho liberal en virtud del cual se entendía a los derechos fundamentales como derechos de defensa, y el Estado Social de Derecho, que pone acento en la faz prestacional de los derechos. Si bien estas posiciones cuentan cada vez con mayor legitimidad, lo cierto es que resultan discutibles y problemáticas, más aún cuando dicha interpretación ampliada va acompañada de la interpretación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

En concreto, respecto a la interpretación del derecho fundamental a la igualdad, el problema radica en que sirve de fundamento normativo tanto para exigirle directamente al Estado a través de sus tribunales, que no realice tratamientos diferenciados entre los individuos; como para exigirle que los realice cuando existan razones justificadas para ello.

La contradicción que supone entender a la igualdad como un derecho de doble faz mediante el cual se puedan materializar las pretensiones de justicia, se nota especialmente en los casos de discriminación positiva.

---

<sup>57</sup> DIDIER, María Marta. **El principio de igualdad en las normas jurídicas**. Buenos Aires: Marcial Pons. 2012, p. 22.

Respecto del concepto de discriminación positiva Fernando Rey Martínez y David Giménez Glück<sup>58</sup> sostienen que “En primer lugar, la definición del concepto como discriminación positiva o inversa no es acertada. Ninguna discriminación puede ser positiva, porque "discriminación" equivale directamente a diferenciación inconstitucional, por lo que si definimos algo como discriminación, por muy inversa o positiva que sea, estamos condenando a esa categoría a la inconstitucionalidad, y éste no es el caso de todas las cuotas o reglas de preferencia.

Sin embargo, merece la pena distinguir este tipo de acciones positivas de las demás, ya que pese a que no todas son inconstitucionales, sí es cierto que requieren un juicio de constitucionalidad específico, al tratarse de un trato jurídico diferente y favorable a los miembros de un grupo fácticamente desaventajado que (a diferencia del resto de acciones positivas, que podemos definir como acciones positivas moderadas) simétricamente produce un trato jurídico concreto diferente y peor a uno o varios miembros del grupo mayoritario.”

Sixte Garganté<sup>59</sup> plantea que “Ante la existencia de un grupo que está infra representado en el trabajo o en las categorías profesionales altas, pueden hacerse cosas de dos tipos: unas dirigidas a mejorar su información sobre las ofertas de empleo, su formación, o cualquier otra acción por la que se trata de mejorar la situación de los miembros de ese grupo para que estén en mejores condiciones a la hora de competir por los puestos de trabajo o los ascensos de categoría; y otras consistentes en otorgarles ventajas específicas cuando se señalan las condiciones para ocupar un puesto de trabajo o lograr un ascenso de categoría.”

---

<sup>58</sup> REY MARTÍNEZ Fernando y GIMÉNEZ GLÜCK David (coordinadores). **Por la diversidad, contra la discriminación la igualdad de trato en España: Hechos, garantías, perspectivas**. Madrid: Fundación IDEAS. 2010, p. 38.

<sup>59</sup> GARGANTÉ Sixté, PAJARES Miguel, CACHÓN Lorenzo y EGENBERGER Vera. **La discriminación racial: Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España**. Barcelona: Icaria. 2003, p. 27.

Por su parte Susana Cela López<sup>60</sup> señala que “La discriminación positiva es una política social destinada a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos para, de ese modo, proporcionarles la oportunidad de igualar su situación social. Es una de las medidas utilizadas por los poderes públicos para proteger a todos aquellos colectivos que puedan estar sufriendo una situación de desigualdad.

La discriminación positiva representa la oposición al principio de igualdad porque se tratan de manera desigual las situaciones que de origen ya lo son.”

## 29. LOS MANDATOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad constituye uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar igualitariamente a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber del Estado se concreta en cuatro mandatos:

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;
2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común;
3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y
4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

---

<sup>60</sup> CELA LÓPEZ, Susana. **Promoción de la igualdad: El reto de la sociedad en el siglo XXI**. Vigo: Ideaspropias. 2007, p. 28.

Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, y una dimensión subjetiva, EL DERECHO A LA IGUALDAD.

Como derecho, la igualdad atribuye al individuo (el sujeto activo) el derecho de exigir del Estado (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad. En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley.

El primer nivel hace referencia a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador.

De los cuatro mandatos del principio de igualdad, el primero y el segundo no suelen originar problemas interpretativos, pues se aplican en los casos fáciles. Por el contrario, el tercer y cuarto mandato se sitúan en el ojo de la tormenta; pues, conforman el espectro de los casos difíciles. Cuando se aplican, dichos mandatos exigen definir si las similitudes de las situaciones de los individuos afectados deben prevalecer frente a las diferencias y si justifican un trato paritario, o si ocurre lo contrario.

Hablando en términos constitucionales, el mandato de trato paritario equivale a la prohibición de discriminación o prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios. Nítidamente, el mandato de trato diferenciado es sinónimo del deber de “promoción” y “protección” de los desfavorecidos, que corre a cargo del Estado. En esta prohibición y en este deber centraremos nuestro análisis sobre el principio de igualdad.

### 30. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El principio de igualdad impide al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se de un trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente aceptables, se encuentran en la misma situación; o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que no pueden ser jamás tomadas en consideración, por prohibirlo expresamente la Constitución Política, o porque no guardan relación con el sentido de la regulación que al incluirlas incurre en arbitrariedad y por ende en discriminatoria.

Respecto a la igualdad ante la ley, que constituye el primer alcance del derecho a la igualdad, Susana Cela López<sup>61</sup> sostiene que “La igualdad ante la ley es la que promulga que toda persona ha de ser tratada por igual dentro de la ley. Pero hay que tener claro que, en muchas ocasiones, el trato de desigualdad dentro de la ley, cuando es razonable, objetivo y proporcionado, no puede ser considerado como un trato discriminatorio. El Estado debe tratar de forma igualatoria a sus ciudadanos cuando se den situaciones idénticas, pero no significa que lo tenga que realizar así cuando las situaciones sean diferentes.”

Mercedes Iglesias Báñez,<sup>62</sup> en relación a la igualdad ante la ley señala “Con él se quiere hacer referencia a la doble exigencia de que, por un lado, la ley es la misma para todos los ciudadanos y, por otro, debe tratar además a todos por igual.” Líneas más adelante,<sup>63</sup> respecto de la igualdad en la ley nos dice “El segundo efecto de la igualdad es que no sólo conforma un límite formal a la ley, sino que tiene también un alcance material, es decir, sobre el mismo contenido

<sup>61</sup> *Op. Cit.* CELA LÓPEZ, Susana. p. 5.

<sup>62</sup> IGLESIAS BÁÑEZ, Mercedes. **Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Segunda edición. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2011, p. 165.

<sup>63</sup> *Ídem.*

de la ley. (...) exige así no sólo que la ley afecte a todos, tenga como destinatarios a todos, sino que trate a todos los ciudadanos por igual, imponiendo al mismo tiempo la igualdad en la ley. Esta otra dimensión de la igualdad supone una limitación para el legislador, dirigida a garantizar que el contenido de la ley no conlleve discriminaciones para los ciudadanos.”

Por su parte María Del Carmen Barranco Avilés<sup>64</sup> asevera “La igualdad ante la ley entendida como igualdad de trato se traduce en la necesidad de «tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales». La aplicación de la igualdad de trato requiere realizar un juicio de relevancia para determinar si las situaciones son similares en los aspectos relevantes, o diferentes. De este modo, opera como equiparación cuando el juicio de relevancia es positivo. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la actualidad y en el caso español, con la orientación sexual y la posibilidad de contraer matrimonio. Este ejemplo es especialmente relevante, porque muestra cómo, en relación con este aspecto, la normativa española se basaba en la diferenciación jurídica de la diferencia. Partía de conceder un mayor valor a la heterosexualidad, y el resultado era (sigue siendo en la mayor parte del mundo) una norma discriminatoria.”

### 31. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

La exigencia del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pretende que no se reciba de un mismo órgano de justicia un pronunciamiento diferente respecto de otro en una situación análoga o semejante. El contenido constitucional protegido se afecta cuando se aplica diferenciadamente la Ley en base al capricho o subjetivismo del juzgador.

---

<sup>64</sup> BARRANCO AVILÉS, María Del Carmen. **Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos**. Madrid: Dykinson. 2010, p. 35.

La igualdad en la aplicación de la Ley constituye un límite a la actividad jurisdiccional y administrativa del Estado, impide que un mismo órgano judicial se aparte inadvertidamente y sin motivación suficiente del criterio mantenido con regularidad en sus decisiones anteriores.

En el caso de aplicación de la Ley por órganos distintos, debe conectarse con el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales y con la búsqueda de la uniformidad a través de la jurisprudencia encomendada a los de superior grado.

### **32. LA IGUALDAD ANTE LA LEY COMO EXIGENCIA DE GENERALIDAD**

La igualdad jurídica se considera como igualdad formal en el sentido que exige generalidad en las leyes; así mismo, la exigencia de generalidad implica igualdad ante la ley y no discriminación. Por ello la diferencia entre lo formal y lo material para hacer referencia a los valores en general y la igualdad en particular, no deja de ser controvertida.

La igualdad ante la ley como exigencia de generalidad se manifiesta en todas aquellas disposiciones destinadas a tutelar la igualdad de trato jurídico para situaciones sustancialmente iguales. Por ello, en la redacción relativa a los derechos fundamentales se hace hincapié en el carácter general de su titularidad con fórmulas como: Todos, toda persona, todas las personas, y nadie. En tal sentido, la idea de la igualdad ante la ley entendida como generalidad de la norma, se halla estrechamente vinculada a los principios de legalidad y seguridad jurídica que se verían directamente transgredidos de admitirse normas *ad personam*.

La Dra. María Del Carmen Barranco Avilés,<sup>65</sup> en atención a la exigencia de generalidad en la igualdad ante la Ley, sostiene “En determinadas ocasiones, parece reservarse el calificativo de formal para lo que ya ha sido conseguido, y de material o sustancial para lo que está pendiente de realización. De cualquier modo, si parece que la igualdad formal supone un requerimiento frente al Derecho y al Estado, a los que se exige no establecer diferencias entre entidades similares, esto es, entre sujetos o situaciones que poseen ambas la misma característica relevante en el contexto. Sin embargo, cuando se reivindica la igualdad material, sustancial, o, por qué no, real, se está reclamando que el Estado intervenga en la sociedad para modificar situaciones que deberían ser similares, pero no lo son.”

### **33. LA IGUALDAD ANTE LA LEY COMO EXIGENCIA DE EQUIPARACIÓN**

Si el principio de generalidad establece la exigencia de un trato igual ante situaciones que se consideran iguales, el principio de equiparación, supone un trato igual ante circunstancias o situaciones no coincidentes para la aplicación de una misma reglamentación normativa.

Todo juicio de equiparación implica a su vez, un proceso discursivo relacional cuyas condiciones son:

- La determinación y homogeneidad, en cuanto que debe ser referido a una relación particular o a un criterio específico; nunca puede hablarse de igualdad en relaciones indeterminadas o absolutamente heterogéneas; y
- La equiparación basada en la existencia de rasgos comunes no deja de entrañar una cierta abstracción de determinadas diferencias, que van a considerarse irrelevantes para la relación de igualdad que se establece.

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 33.

### 34. DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El principio de igualdad ha sido consagrado en diferentes tratados e instrumentos de derechos humanos, como una garantía que tiene el trabajador de que se le respetará el derecho de acceder a un puesto de trabajo sin ningún tipo de discriminación, que no sean las establecidas en base al mérito y a la capacidad para ocupar un cargo público.

Cuando hablamos de igualdad, tenemos que verla desde dos puntos de vista. Primero: Desde el punto de vista formal, como el derecho que tienen los ciudadanos a acceder en igualdad de condiciones a un puesto público, y Segundo: Desde el punto de vista material, como una garantía que deben ofrecerle los Estados a los ciudadanos para que puedan ejercitar este derecho. En este sentido, la igualdad ha sido consagrada en el artículo 6º de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 21.2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Artículo 25º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Luis Ortega Álvarez, sostiene que “No parece posible que la igualdad en el acceso a la función pública pueda garantizarse sin la existencia de un sistema competitivo basado en los méritos y capacidades de los aspirantes. La competitividad basada en los méritos y capacidades de los aspirantes al acceso convierte a estos principios en instrumentos de discriminación, de modo que, mientras las personas y colectivos que reúnen los requisitos, cualidades y méritos definidos en cada caso, resultan privilegiadas para el acceso a los puestos de que se trate, quienes carezcan de los mismos, por contra, quedan mermados en su posibilidad de acceder a tales puestos.”<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (director). **Estatuto básico del empleado público**. Madrid: Wolters Kluwer. 2007, p.402.

En tanto que Xavier Ferreira Fernández refiere que “No toda desigualdad en las condiciones de acceso está prohibida, sino sólo aquellas que no se basen en criterios de mérito y capacidad; o, visto desde el ángulo inverso, no toda concreción de las exigencias de mérito y capacidad es discriminatoria, sino sólo aquéllas que produzcan un trato desigual entre los que se encuentran en una situación igual.”<sup>67</sup>

Así mismo, todas las actuaciones de la administración o del Estado en todos los ámbitos, están sujetas a los postulados del Principio de Legalidad. La contratación pública es una de las formas en la que actúa la administración y en la cual este principio tiene mayor preponderancia.

Respecto del principio de legalidad, en el Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo<sup>68</sup> se indica “El principio de legalidad fue entendido, en sus comienzos, de modo rígido pues correspondía a la concepción del «poder» administrador como Poder Ejecutivo; por esto mismo, de la Administración pública como «ejecución», de suerte que la acción administrativa debía estar, de modo amplio y efectivo, vinculada por la ley. Esta concepción, según algunos, implicaba que las administraciones públicas, en la práctica, no hubieran podido funcionar por lo que se arbitraron «válvulas» para superar el inconveniente no sólo a través de la «discrecionalidad», sino también a la teoría de los «actos políticos» y el dictado de determinadas «disposiciones» que podían emitirse solamente en ciertas «circunstancias excepcionales» o «extraordinarias».”

---

<sup>67</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Xavier. **La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 2002, p. 57.

<sup>68</sup> CARRELLO, Luis Armando (director). **Derecho constitucional y administrativo**. Volumen I. Rosario: Juris. 2000, pp. 108-109.

Por su parte Diego Martínez Marulanda<sup>69</sup> señala “El principio de legalidad se formula con base en el derecho público y se condensa en el concepto de competencia, el cual está contenido en la fórmula: *Nulla potes tas sine legem*. No existe potestad (competencia) sin ley. O sea que el Estado —como sujeto— no puede actuar a través de sus agentes o funcionarios, distribuidos en sus distintos órganos de poder, si el contenido de esa actuación no está previamente definido en la ley. Obrar sin autorización de la ley, del derecho, es transgredir el principio de legalidad. Es, por consiguiente, realizar una acción ilícita, ilegal, contra derecho. Este tipo de actuación del Estado, sin referencia a una competencia legal, violaría el principio de libertad, en tanto el Estado sobrepasaría su órbita de acción, rebasando la limitación que, por principio, se le impone en el Estado de derecho, la cual también, por principio, se entiende como una garantía de la libertad de los ciudadanos.

Al contrario de lo que sucede con el ciudadano, al Estado se le aplica la siguiente fórmula: *todo aquello que no esté permitido, está prohibido.*”

Desde esta perspectiva, se entiende que en el Estado de derecho no tienen lugar, en sentido estricto, las llamadas competencias implícitas; pues, para que la actuación se considere legal, toda competencia ha de ser expresa, lo que significa que debe estar contenida en una norma positiva.

La actuación de la administración está sujeta a lo que establece la norma, es decir, en materia de contratación, la administración no tiene autonomía de la voluntad para contratar lo que quiera, cuando quiera, con quien quiera y en la forma que quiera, la necesidad que tiene la administración de realizar contratos esta supeditadas a lo establecido en la Ley, es decir, la administración solo puede hacer lo que la norma le permite, esta camisa de fuerza o límites a la que está sometida la administración en relación a lo dispuesto en la Ley lo que la doctrina mayoritaria llama vinculación positiva a la norma.

---

<sup>69</sup> MARTÍNEZ MARULANDA, Diego. **Fundamentos para una introducción al derecho**. Medellín: Universidad de Antioquia. 2007, p. 136.

### 35. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO AL DERECHO A LA IGUALDAD

Sin duda alguna, lo que nos muestra tanto la jurisprudencia nacional como internacional es una favorable evolución en el tratamiento de la igualdad, que ha ido de la generalidad y la abstracción e impersonalidad de la Ley, al reconocimiento que dentro de ella hay diferencias admisibles, para llegar a la individualización de las características de dichas distinciones que deben repercutir en beneficio de todo ser humano.

La igualdad ante la ley es un derecho fundamental que propugna que todos tengamos el mismo trato sin distinción ni discriminación alguna, por el sólo hecho de nuestra condición humana. No obstante, el derecho no puede generar la utopía de la igualdad absoluta; por tanto, su función consiste en eliminar en lo posible las diferencias y las desigualdades que las circunstancias históricas, políticas y sociales nos han heredado por diferentes razones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene un gran número de resoluciones que se ocupen del derecho a la igualdad. Sin embargo, sí tiene elementos en su jurisprudencia que resultan muy útiles para hacer la distinción entre el principio general de igualdad, la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Así en 2 de sus 20 Opiniones Consultivas y en 12 de sus 233 Sentencias en casos contenciosos (hasta el 1 de septiembre de 2011) ha analizado de una u otra forma el contenido del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primer asunto en el que lo hizo fue en la Opinión Consultiva 4<sup>70</sup> misma en la que se precisó:

---

<sup>70</sup> Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

- Que la igualdad ante la ley prohibía todo tratamiento discriminatorio de origen legal, aunque no todo tratamiento jurídico diferente era propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.
- Que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable, porque no hay discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.
- Que, la distinción para que no exista discriminación debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

En la Opinión Consultiva 16<sup>71</sup> emitida 15 años después de la Opinión Consultiva 4, se señaló respecto a la igualdad ante la ley:

- Que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.
- Que la distinción se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo.
- Que discriminación hace referencia a lo inadmisibles, por violar derechos humanos.

---

<sup>71</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

- Que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación de poder del Estado relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos.
- Que el principio de igualdad ante la ley, de igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

### 36. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal como lo prescribe el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado vigente “*Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*”

En base a este mandato constitucional, podemos afirmar que desde el inicio de una relación laboral, el trabajador es titular de una serie de derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos o vulnerados por el empleador. Todo acto o norma que busque limitar el ejercicio de los sus derechos fundamentales (al ser incompatible con la Constitución Política) incurriría manifiestamente en anticonstitucionalidad e inconstitucionalidad respectivamente, puesto que desconocer tal calificación significaría aceptar la existencia de un espacio en el que los derechos fundamentales pierden su efectividad o vigencia.

A continuación examinaremos y valoraremos la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano sobre el derecho del trabajo y su naturaleza, así como aquella referida a la traducción operativa del principio de continuidad, plasmada en el inicio y la terminación de la relación laboral.

En las Sentencias N° 1124-2001-AA/TC, 0004-2006-PI/TC y 045-2004-PI/TC que reseñaremos, encontramos los fundamentos citados por el Tribunal Constitucional relativos a los derechos del trabajo, a los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Los fundamentos que seguidamente se desarrollan, si bien es cierto no corresponden a casos que versen expresamente sobre el tema materia de investigación, son aplicables al mismo, dado que los fundamentos de las referidas Sentencias son de aplicación a un universo de casos en los que se vulneran derechos laborales y fundamentales.

### **37. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL DERECHO DEL TRABAJO**

EXPEDIENTE N° 1124-2001-AA/TC

Caso: Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL – Lima

Se interpone Acción de Amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

Sostienen que se han vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A.

El Tribunal Constitucional falló **CONFIRMANDO** en parte la recurrida en el extremo que declaró **FUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesta; y, la **REVOCA** en el extremo que declaró improcedente la demanda, reformándola declaró **FUNDADA** la acción de amparo e inaplicable el artículo 34º, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR; ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A. y dispone que dicha empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34º por su incompatibilidad con la Constitución.

En este proceso de Acción de Amparo el Tribunal Constitucional expone en el fundamento número 12 los alcances relativos al Derecho al Trabajo, que transcribimos a continuación:

12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. (...)

Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un "mandato al legislador"
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando –aunque innecesariamente– que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente – como lo hizo su predecesora de 1979– la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un

despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

- a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
- b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra

Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23º de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43º ("República" "social") y 3º de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

- c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado "d" del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la

Constitución conforme lo establece el artículo 4º del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

Es extensible este razonamiento a lo establecido por el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que, aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

### 38. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL DERECHO A LA IGUALDAD

EXPEDIENTE N° 0004-2006-PI/TC

Caso: Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República – Lima

Se interpone demanda de inconstitucionalidad por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos I y XII del Título Preliminar, artículos 1, 5, 8, 9, 10.1, 10.2, 14, 15.3, 15.4, 15.5, 16.1, 17.5, 23, 24.2, 28, 31, 36.1, 49.1, 49.2, 53, 54, 55, 56, 80, 81.1, 82.1, Primera, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

El Tribunal Constitucional falló Declarando **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos, en consecuencia, inconstitucionales las disposiciones de la Ley N° 28665 (...)

En este proceso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional expone en el fundamento número 115 y siguientes, los alcances relativos a los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación, que transcribimos a continuación:

### **C. El principio de igualdad como límite de la actividad del Legislador**

115. En suma, el derecho a la igualdad, como el conjunto de derechos consagrados en nuestra Constitución, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona. Así, cuando el artículo 1, de la Constitución establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas, por lo que exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana.

#### **2.6. La igualdad jurídica y su vinculación al Legislador**

116. Antes de examinar la vinculación del Legislador a la igualdad jurídica, conviene analizar la configuración de la igualdad en la Constitución. Al respecto, cabe mencionar que este Colegiado ha sostenido en reiteradas oportunidades que la igualdad se configura en nuestra Norma Fundamental, como principio y como derecho fundamental. De este modo:

(...) la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye

parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

Por consiguiente, supone la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente:

- a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y
- b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.

117. De este modo, como *derecho fundamental*, la igualdad se encuentra reconocida en el artículo 2, inciso 2, de nuestra Norma Fundamental. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho fundamental a la igualdad:

(...) comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias (...).

118. En tal sentido, el derecho a la igualdad se constituye, *prima facie*, en aquel derecho que obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.

119. Es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley debe ser interpretado, entre otras disposiciones, conforme al artículo 14, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y al artículo 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

120. En tanto que *principio fundamental*, la igualdad, entendida como regla de obligatorio cumplimiento para el Legislador, entre otros, se encuentra reconocida en los artículos 103 y 2.2. de la Constitución. El primero establece que “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero

no por razón de las diferencias de las personas (...), y el segundo que “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley (...). Analizando ambas disposiciones en función del principio de interpretación constitucional de concordancia práctica se desprende que:

El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.

121. Como tal, el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Posee además una naturaleza relacional, es

decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.

122. En efecto, el examen sobre la vulneración del principio-derecho de igualdad, siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Con mucha frecuencia, y tal como ha tenido oportunidad de constatar este Colegiado, han sido frecuentes los casos en los que se vulneraba el derecho a la igualdad y, a su vez, derechos como a la libertad de empresa o al trabajo, entre otros. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, en función de su carácter relacional, el derecho a la igualdad:

Funciona en la medida [en] que se encuentre conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales (...); precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.

Seguidamente conviene distinguir las diferentes manifestaciones que puede adoptar la igualdad ante la ley.

### **2.7. La igualdad «ante la ley» y sus dos manifestaciones: igualdad «en la ley» e igualdad «en la aplicación de la ley»**

123. El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación de la ley*. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el Legislador,

en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

124. Respecto de la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

## **2.8. La vinculación entre el juicio de igualdad «en la ley» y el principio de proporcionalidad**

125. Ya en el plano de la igualdad en la ley, cabe mencionar que el respectivo juicio de igualdad sobre la actuación del legislador requiere de la verificación entre otros, del principio de proporcionalidad, toda vez que si bien el legislador puede, en base a sus atribuciones constitucionales, establecer un trato diferente ante situaciones que sean diferentes, debe también tomar en consideración si la medida dictada resulta proporcional

con el fin que se pretende obtener. Por ello, el principio de proporcionalidad se constituye en uno de los elementos esenciales a evaluar en el juicio de igualdad.

126. En efecto, no basta que el legislador verifique que dos situaciones jurídicas son diferentes y que por tanto les puede aplicar un tratamiento legal diferente, sino que también debe verificar si el fin que se pretende obtener con la diferenciación legislativa es constitucional y si en todo caso la diferenciación legislativa resulta proporcional con el fin que se pretende obtener, de manera que resulte razonable.

127. Y es que el principio de proporcionalidad “está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio”

### **39. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD**

EXPEDIENTE N° 045-2004-PI/TC

Caso: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3° de la Ley N.º 27466 – Lima

Se interpone demanda de inconstitucionalidad por parte del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3° de la Ley N° 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

El Tribunal Constitucional falló Declarando **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia **DECLARA INCONSTITUCIONAL** el artículo 3° de la Ley N° 27466 (...).

En este proceso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional expone en el fundamento número 21 y siguientes, los alcances relativos a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que transcribimos a continuación:

## **§2. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD**

21. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.
22. La forma de operar de este par conceptual –razonabilidad y proporcionalidad– implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.
23. En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”.

24. De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.
25. La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.
26. De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad.
27. Ahora bien, esta exigencia de proporcionalidad conjunta a la de razonabilidad, resulta ciertamente restringida en comparación con el denominado “principio de proporcionalidad”. En efecto, el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (*Untermassverbot*), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. Así lo ha adoptado también la jurisprudencia de este Colegiado.

28. En el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad. Justamente, la exclusión de la ponderación, en esta exigencia de razonabilidad-proporcionalidad, la convierte en insuficiente e imperfecta. La protección de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de igualdad, impone que el examen de las intervenciones que se operan en ellos tenga que satisfacer plenamente, de ser el caso, también el principio de proporcionalidad en sentido estricto.
29. En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad.
30. En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

### **§3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

31. En atención a la anterior, este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que “(...) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad.” En

esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC (Fundamento N° 65), este Colegiado considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad.

32. De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho-principio de igualdad.

#### **40. NECESIDAD DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 10° DEL D.S. N° 003-97-TR**

El referido artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) establece:

“Artículo 10.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un termino mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.”

Inicialmente con la dación del Decreto Legislativo N° 728, en su artículo 44° se contempló el siguiente texto:

“Artículo 44.- Están exonerados del periodo de prueba:

- a) Los trabajadores que ingresen por concurso;
- b) Los que reingresen al servicio del mismo empleador, salvo que el trabajador reingrese en un puesto notoria y cualitativamente distinto al que ocupara anteriormente;
- c) Aquellos que lo hayan estipulado expresamente.”

Posteriormente, la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final de la Ley N° 26513 derogó el citado artículo 44° de tal modo que a partir de la vigencia de esta norma derogatoria, todos los trabajadores regidos por el D.S. N° 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo N° 728) quedaban obligados a cumplir el periodo de prueba laboral de 3 meses.

Es pertinente precisar que el D.S. N° 003-97-TR regula el régimen laboral de la actividad privada. No obstante, el citado cuerpo legal también rige a los servidores públicos de las entidades y las empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada; por tanto, con la derogatoria de la exoneración del periodo de prueba prevista en el inciso a) del artículo 44°, los servidores públicos –regidos por el régimen laboral de la actividad privada– pese a ingresar por concurso no están exentos de superar el periodo de prueba laboral.

Cabría preguntarnos ¿Cuál es la razón? para que se haya eliminado la exoneración del periodo de prueba de los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) si al igual que los servidores públicos regidos por el Decreto Legislativo 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, ingresaron mediante concurso público de méritos; pues así, lo prescribe el artículo 5° de la Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público “El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.”

En ese sentido se pronuncia el Informe Legal N° 1135-2011-SERVIR/GG-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional de Servicio Civil<sup>72</sup> que en su numeral 2.2 señala lo siguiente:

“De acuerdo con el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público (norma aplicable incluso a las entidades del régimen laboral de la actividad privada), el acceso al servicio civil, entendido como la prestación de un servicio personal, remunerado y subordinado entre una entidad de la Administración Pública y un empleado público, se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.”

Seguidamente procederemos a examinar la eliminación de la exoneración del periodo de prueba laboral para los servidores públicos regidos por el régimen laboral de la actividad privada, teniendo en consideración que ante un caso en el que la Ley distingue entre dos o varios hechos o personas, debe analizarse si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable, o si por el contrario constituye una discriminación constitucionalmente vedada.

La base objetiva y razonable de análisis incluye:

- En primer lugar, determinar si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, pues el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos constitucionalmente válidos, esto es, que sean admisibles dentro de los límites marcados por los presupuestos constitucionales, o que estén expresamente incluidos en ellas.

---

<sup>72</sup> Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional de Servicio Civil. **Informe Legal N° 1135-2011-SERVIR/GG-OAJ** [en línea]. Consulta: 27 de Abril de 2014. Disponible en: <[http://files.servir.gob.pe/www/files/Informes%20Legales/InformeLegal\\_1135-2011-SERVIR-OAJ.pdf](http://files.servir.gob.pe/www/files/Informes%20Legales/InformeLegal_1135-2011-SERVIR-OAJ.pdf)>

Entendemos que la finalidad de la dación del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo, era flexibilizar el mercado laboral peruano buscando que promover o fomentar el empleo, tal como señala la denominación del citado cuerpo legal. Cabe señalar, que el Decreto Legislativo N° 728 se emitió cuando estaba vigente la Constitución Política de 1979 que en su artículo 48° establecía “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.” es decir, el citado Decreto Legislativo, se emitió cuando en el Perú había estabilidad laboral absoluta.

En 1993 se sancionó la vigente Constitución Política del Estado, que en su artículo 27° establece “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.” Es decir, que a partir de su vigencia, se instauró la estabilidad laboral relativa.

Al amparo de la nueva Constitución Política, y con la emergente política de flexibilización laboral, se permitió e impulsó que las empresas del Estado e incluso entidades públicas como el Poder Judicial, el Congreso de la República, la SUNAT, entre muchas otras, se rigieran por el Decreto Legislativo N° 728 de tal modo que estos servidores públicos, al igual que los regidos por el Decreto Legislativo N° 276 estaban exonerados del periodo de prueba laboral.

Si examinamos los citados regímenes laborales, podemos encontrar básicamente tres coincidencias:

- En ambos regímenes laborales el empleador es el Estado;
- En ambos regímenes laborales la relación laboral es de carácter permanente; y
- En ambos regímenes laborales el ingreso es necesariamente mediante concurso.

Hasta antes de la dación de la Ley N° 26513 podríamos haber señalado una cuarta coincidencia: En ambos regímenes laborales los ingresantes están exonerados del periodo de prueba.

De tal modo que nos preguntamos ¿Cuál es la razón? para que SOLAMENTE se haya eliminado la exoneración del periodo de prueba de los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo).

Si bien es cierto que el Decreto Legislativo N° 728 regula el régimen laboral de la actividad privada y por ello el tratamiento es distinto al de una norma como el Decreto Legislativo N° 276 que regula taxativamente el régimen laboral público; también es cierto, que el propio Estado Peruano permitió y promovió que cada vez más entidades públicas se rigieran por el régimen laboral de la actividad privada, de tal modo que al eliminar la exoneración del periodo de prueba tal distinción resulta abusiva, arbitraria, y discriminatoria, pues va en desmedro de los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores.

En esa línea, el tratadista Antonio Enrique Pérez Luño,<sup>73</sup> muy acertadamente señala lo siguiente: “Desde el punto de vista lógico su significación es distinta, ya que mientras la generalidad entraña el trato igual de lo igual, la equiparación supone el trato igual de lo que no lo es en el plano fáctico, pero se estima que jurídicamente debe serlo. Debe advertirse que tan sólo en la relación de identidad de un objeto consigo mismo se da un supuesto de igualdad absoluta ( $a=a$ ) en todos los aspectos. Pero, en la mayor parte de las ocasiones, la igualdad implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas

---

<sup>73</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. Segunda edición. Madrid: DYKINSON. 2007, pp. 24-25.

en un determinado aspecto, aún admitiendo su disparidad en otros ( $a=b$ ). De ahí, que cuando la igualdad no se traduce en pura identidad suele suponer un juicio de equiparación de objetos que presentan rasgos o características comunes.”

Más adelante, el mismo autor,<sup>74</sup> citando las Sentencias 81/1982, 98/1983 y 103/1983 emitidas por Tribunal Constitucional Español, nos dice “Como muestra de estos modelos argumentativos del TC, se puede reseñar la sentencia en que se afirma que: Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución exige... debe entenderse que no puede privarse al trabajador de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional”.

Fernando Rey Martínez y David Giménez Glück<sup>75</sup> señalan que “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, algunas cuotas o reglas de preferencia sí son admisibles y otras no. Por ejemplo, una regla de preferencia de las mujeres en la promoción dentro del empleo público, siempre que en el nivel de puestos a cubrir exista infra representación femenina (menos del 50%), que se respeten los principios de mérito y capacidad y que la regla de preferencia no sea absoluta o incondicionada, sino que permita apreciar en el competidor varón ciertos rasgos individuales que hagan inclinar la balanza a su favor, es conforme a Derecho comunitario (Sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1998).”

---

<sup>74</sup> *Íbidem.* p. 27.

<sup>75</sup> *Op. Cit.* REY MARTÍNEZ Fernando y GIMÉNEZ GLÜCK David (coordinadores). pp. 38-39.

- En segundo lugar, se debe examinar la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador. Es necesario que la inserción de una distinción parezca un medio apto para conducir al objetivo que el legislador quiere alcanzar.

Entendemos que, en el caso de autos, el bien a proteger es el derecho al trabajo y específicamente garantizar la idoneidad de los servidores públicos.

Como sabemos, co-existen tres regímenes laborales generales de contratación de personal en el sector público, de los cuales sólo dos son de naturaleza permanente, nos referimos al Decreto Legislativo N° 276, que regula a los servidores públicos con carrera administrativa y al D.S. N° 003-97-TR TUO del Decreto Legislativo N° 728, que regula a los servidores públicos sin carrera administrativa, sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

En el caso materia de análisis, la eliminación de la exoneración del periodo de prueba para los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR no tiene una adecuación de la distinción válida; por cuanto, su ingreso a la función pública, –al igual que los servidores públicos regidos por el Decreto Legislativo N° 276– se realiza siempre por concurso público de méritos, radicando la finalidad de esta exigencia en asegurar la idoneidad de los ingresantes, garantizándose así el ingreso de quienes acrediten mayor capacidad y conocimientos. De tal modo que, la obligación de superar el periodo de prueba laboral carece de sentido y es manifiestamente discriminatoria.

Al respecto, Grenfieth de Jesús, Sierra Cadena<sup>76</sup> sostiene que “Los derechos fundamentales son la conceptualización de los valores sobre los cuales se fundamenta el derecho y la práctica jurídica contemporánea,

---

<sup>76</sup> SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. **El Juez constitucional: Un actor regulador de las políticas públicas**. Bogotá: Universidad del Rosario. 2009, p. 56.

constituyen su unidad profunda, es decir, el respeto absoluto de la dignidad de la persona por parte de la Ley, demandando el derecho una interpretación integral de sí mismo como sistema, para garantizarlos en cuanto idea política y bien jurídico central por proteger.”

- En tercer lugar, la medida legislativa debe cumplir con el requisito de la proporcionalidad, pues el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional.

Si los únicos dos regímenes laborales generales del Estado que generan vínculo laboral permanente son el Decreto Legislativo 276 y el D.S. N° 003-97-TR TUO del Decreto Legislativo N° 728, mismos en los que encontramos como única diferencia sustancial que en el primero se contempla la carrera administrativa y en el segundo no ¿Por qué se discrimina a los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR TUO del Decreto Legislativo N° 728 si también accedieron a su puesto de trabajo mediante concurso público?

Sobre la discriminación en el trabajo, Eugenio Llamas Pombo<sup>77</sup> señala que “Se consuma una discriminación «directa», cuando una persona «sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga» por cualquiera de aquellas circunstancias, en tanto que la discriminación habrá de ser «indirecta» cuando una disposición legal o reglamentaria o una cláusula convencional (o un pacto contractual o una decisión unilateral), aparentemente neutros, «puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras» por dichas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.”

---

<sup>77</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio (coordinador). **Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez**. Volumen II. Madrid: La Ley. 2006, p. 545.

Para Carlos Blancas Bustamante,<sup>78</sup> el principio de igualdad de trato en la relación laboral “Supone el derecho del trabajador a recibir por parte de su empleador un trato igual al que reciben los demás trabajadores. En ese sentido, la igualdad de trato en la relación laboral no se mueve, como la igualdad ante la ley, en el marco de las relaciones entre el individuo y el Estado – como poder legislativo, administrativo o judicial – sino dentro de una relación entre dos sujetos particulares, el empleador y el trabajador, el primero de los cuales está dotado de un poder de dirección respecto de cuyo ejercicio dicho principio debe operar como un límite o control para evitar diferenciaciones arbitrarias de trato”.

- En cuarto lugar, es importante determinar respecto de qué se está predicando la igualdad o la desigualdad en el caso concreto.

La relación jurídica laboral no es ajena al principio de igualdad; por ello, el artículo 26<sup>o</sup> de la Constitución Política del Estado vigente dispone que 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.

Al respecto, la jurisprudencia es unánime al interpretar este precepto como la consagración del principio de igualdad de trato en la relación de trabajo.

---

<sup>78</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. **Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 148.

En el caso concreto, el artículo 10º del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) no contempla la exoneración del periodo de prueba para los servidores públicos que ingresen mediante concurso, hecho que es manifiestamente discriminatorio.

En relación a este tema, Eugenio Llamas Pombo<sup>79</sup> citando dos sentencias del Tribunal Constitucional Español nos dice que “La igualdad ante la ley expresa el derecho de los sujetos de las relaciones de trabajo a obtener de la norma jurídica (leyes, reglamentos, convenios colectivos) un trato igual, en el sentido de que a «supuestos de hecho iguales deben ser aplicables unas consecuencias jurídicas que sean iguales también» (Tribunal Constitucional. Sentencias 49/1982 y 2/1983).”

El mismo autor<sup>80</sup> citando la Sentencia 3/1983 del Tribunal Constitucional Español refiere “El «específico carácter» del Derecho laboral deriva así de su «finalidad tuitiva o compensadora» (...) en garantía de la «promoción de una igualdad real, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador», ya que lo contrario equivaldría, paradójicamente, a «fomentar mediante el recurso a la igualdad formal una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador».”

Con todos los ítems desarrollados a lo largo de la investigación, pasando por los aspectos normativos, teóricos y jurisprudenciales, son numerosos los datos que se han aportado en relación al problema materia de estudio. No obstante, seguidamente resumiré los aspectos que estimo deberían tomarse en consideración en la dación de normas relativas a derechos laborales en los que también están en juego derechos fundamentales.

---

<sup>79</sup> *Op. Cit.* LLAMAS POMBO, Eugenio (coordinador). p. 543.

<sup>80</sup> *Ibidem.* p. 545.

La exigencia al legislador implica:

- Reconocer el derecho a la igualdad como principio y derecho fundamental de la persona humana, reconocimiento que se traduce en el derecho subjetivo de toda persona de obtener un trato igual;
- No discriminar y combatir las prácticas discriminatorias evitando los privilegios y las desigualdades arbitrarias;
- La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable;
- Establecer distinciones normativas que sean razonables dentro de la generalidad y abstracción de la Ley si no hay prohibición expresa y siempre en estricta observancia de las disposiciones constitucionales;
- Justificar de manera clara y en todos los casos las distinciones que haga, las cuales sólo deben estar basadas en causas objetivas y razonables, si estas se traducen en:
  - Tener una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, esto es, que no persiga fines discriminatorios, arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.
  - Ser razonable, útil y adecuada la medida empleada para hacer la distinción, esto supone que esté destinada exclusivamente a alcanzar el fin legítimo que se busca.
  - Ser proporcional al objetivo legítimo que se busca, esto es, que exista una correspondencia entre las diferencias que se pretenden equilibrar y las medidas utilizadas, de tal forma que su puesta en marcha no genere un nuevo desequilibrio o afecte otro derecho fundamental.

Finalmente, en mérito a todas las razones expuestas en el transcurso de la investigación, es que podemos aseverar que el artículo 10º del D.S. Nº 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, (TUO del Decreto Legislativo Nº 728 Ley de Fomento del Empleo) vulnera los derechos fundamentales de los servidores públicos que accedieron a un puesto de trabajo mediante concurso público, derechos fundamentales previstos en la Constitución Política del Estado vigente en su artículo 2º inciso 2) y derechos sociales contemplados en los 22º, 23º Tercer párrafo, 26º y 27º.

Ello en atención a que no obstante haber acreditado su capacidad y conocimientos mediante concurso público de méritos, deben someterse injustamente a un periodo de evaluación o prueba adicional, sin existir una razón que justifique dicha exigencia, privándoseles así de alcanzar automáticamente su estabilidad relativa, quedando a merced de la voluntad del empleador (en este caso el Estado) para privarlos *ad nutum*, (sin expresión de causa) de la plaza de trabajo legítimamente alcanzada.

Por tanto se plantea la modificación del referido artículo 10º del D.S. Nº 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo Nº 728 Ley de Fomento del Empleo) en el sentido que se adicione un inciso o numeral que contemple la exoneración del periodo de prueba para los trabajadores que ingresen mediante concurso.



## **CAPÍTULO II**

### **ANÁLISIS ESTADÍSTICO**

En este capítulo se procederá al procesamiento y análisis de los datos proporcionados por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR); respecto de las Estadísticas de empleo en la Función Pública, los datos proporcionados por la Gerencia de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República, en relación al Concurso Público de Méritos 001–2013–CG y los datos obtenidos en la encuesta llevada a cabo en la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Los datos proporcionados por SERVIR nos permitirá conocer la proporción de la Fuerza Laboral ocupada en el sector público; la distribución de los servidores públicos que prestan servicios para el Estado conforme su vínculo laboral o civil; la distribución de los servidores públicos sujetos al Decreto Legislativo N° 728 conforme su grupo ocupacional; y la proporción

de los servidores públicos sujetos al régimen CAS y los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728 en relación al nivel de gobierno.

Los datos proporcionados en relación al Concurso Público de Méritos 001–2013–CG, nos permitirá conocer el número de plazas ofertadas, el número de plazas por regiones, y cuantos servidores públicos que obtuvieron una plaza no superaron el periodo de prueba.

El cuestionario aplicado a los servidores públicos que laboran en la Corte Superior de Justicia de Arequipa, consta de 10 preguntas cerradas dicotómicas y de elección múltiple. Así mismo, tres preguntas contienen cuatro alternativas, y siete preguntas contiene dos alternativas. En la elaboración del cuestionario se ha empleado lenguaje claro y de fácil comprensión, en la medida de lo posible las preguntas formuladas tratan de no ser invasivas y al inicio del cuestionario se les insta a responder con la verdad.

Para el análisis de los datos se han elaborado 10 tablas con igual número de gráficos. Previo al análisis, cabe precisar que en algunas tablas y gráficos de la encuesta a los servidores públicos que laboran en la Corte Superior de Justicia de Arequipa, los porcentajes no coinciden exactamente, ello debido a que en la elaboración de los gráficos, si los decimales superan el 0.5% el procesador de texto automáticamente los redondea, de tal modo que si el porcentaje es 12.50% lo convertirá en 13%, así mismo, si los decimales no superan el 0.5% no los redondeará; así, si la cantidad es 12.49% lo considerará como 12%.

Por ejemplo, en la pregunta N° 5, en la tabla los porcentajes son: 96.50%, y 3.50%, que sumados alcanzan la cantidad de 100%. En tanto que en el Gráfico las cantidades que aparecen son: 97% y 4% que sumadas arrojan la suma de 101%.

Como ya se indicó, esta diferencia se debe al redondeo de decimales que realiza automáticamente el procesador de texto. En todo caso, las cifras exactas corresponden a las que figuran en las tablas.



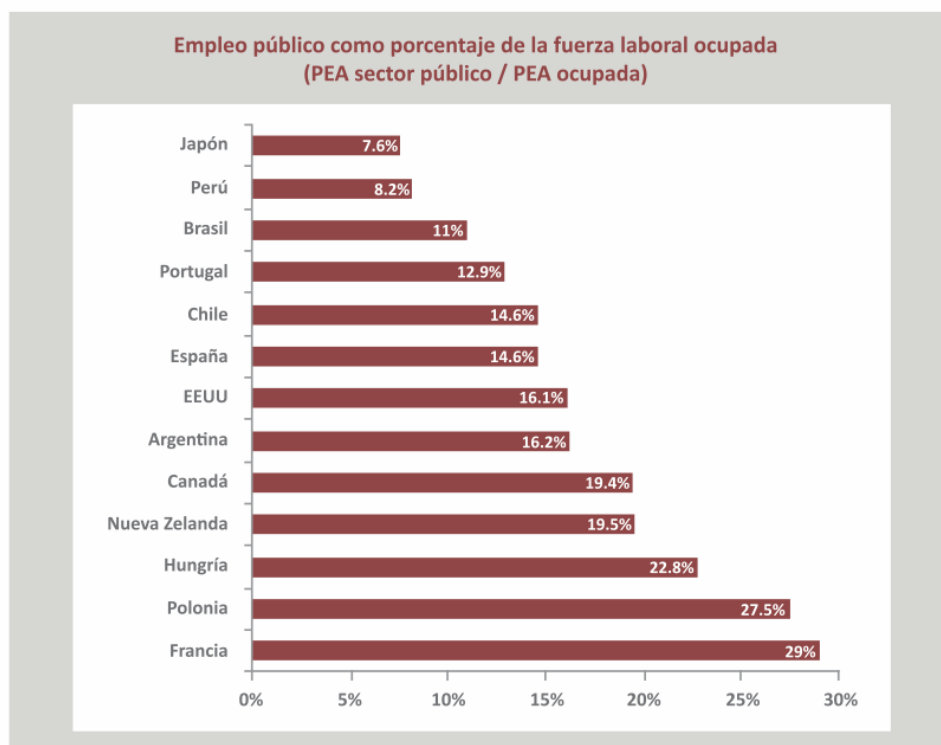
**Estadísticas de empleo en la Función Pública  
Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR)**

**TABLA Nº 1**  
**PORCENTAJE DE EMPLEO PÚBLICO POR PAÍSES**

Empleo público como porcentaje de la fuerza laboral ocupada (PEA Sector público / PEA ocupada)	%
Japón	7.6
Perú	8.2
Brasil	11
Portugal	12.9
Chile	14.6
España	14.6
Estados Unidos	16.1
Canadá	16.2
Argentina	19.4
Nueva Zelanda	19.5
Hungría	22.8
Polonia	27.5
Francia	29

Fuente OIT (2011)  
Elaboración SERVIR - GPGRH

**GRÁFICO Nº 1**  
**PORCENTAJE DE EMPLEO PÚBLICO POR PAÍSES**



Nota: el sector público incluye todos los niveles de gobierno. Argentina solo considera 28 conglomerados urbanos. Incluyen fuerzas armadas: Japón, España, Francia, Portugal, Argentina, Chile y Perú. No incluyen fuerzas armadas: Brasil, Polonia, Canadá, Hungría, Nueva Zelanda y EEUU. Año de referencia: 2006, excepto Portugal (2007) y Brasil (2003).  
Fuente: OIT (2011)  
Elaboración: SERVIR - GPGRH

En la tabla y Gráfico N° 1 proporcionados por SERVIR, se hace una comparativa de la Fuerza Laboral ocupada (en relación a la población económicamente activa) en el sector público de diversos países que abarcan 3 continentes: América, Europa, y Oceanía.

Podemos apreciar que Japón y Perú son los países que tienen un menor número de empleados públicos con tan sólo un 7.6% y 8.2% de la PEA respectivamente, no obstante que en ambos países están considerados los miembros de las fuerzas armadas. En tanto que los países que tienen un mayor número de empleados públicos son Francia y Polonia con un 29% y 27.5% respectivamente, en el caso de Francia también incluye las fuerzas armadas.

Esta información nos permite establecer con certeza que el mito de la excesiva población laboral en el sector público peruano es falso, ya que podemos observar que el Perú tiene tan sólo un 8.2% de la PEA como fuerza laboral ocupada en el sector público.

No obstante, pese al reducido número de empleados prestando servicios para el Estado, en la actualidad, en las entidades del Estado existen 3 regímenes laborales generales y 12 especiales, lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos.

**TABLA Nº 2**  
**RÉGIMEN LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**

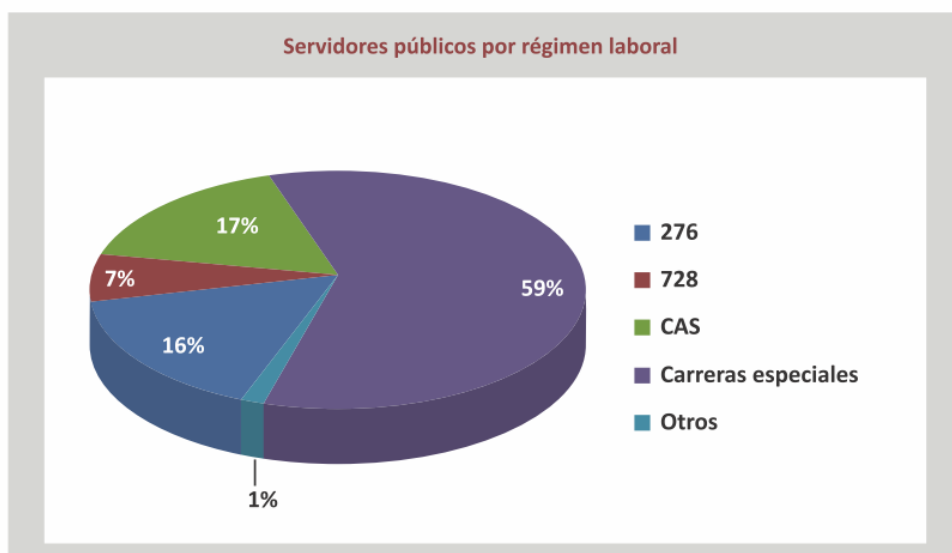
Servidores públicos por régimen laboral	%
276	16
728	7
CAS	17
Carreras especiales	59
Otros	1
<b>Total</b>	<b>100</b>

Fuente 1: MEF- Módulo de gestión de recursos humanos, 2011

Fuente 2: para Gobierno Local: INEI - Registro Nacional de Municipalidades - RENAMU, 2010

Elaboración: SERVIR - GPGRH

**GRÁFICO Nº 2**  
**RÉGIMEN LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**



Fuente 1: MEF- Módulo de gestión de recursos humanos, 2011

Fuente 2 para Gobierno Local: INEI - Registro Nacional de Municipalidades – RENAMU, 2010

Elaboración: SERVIR - GPGRH

En la Tabla y Gráfico N° 2 se aprecia la distribución los servidores públicos que prestan servicios para el Estado conforme su vínculo laboral o civil.

Así tenemos que los servidores públicos con carreras especiales y vínculo laboral conforman el bloque mayoritario, representando un significativo 59% (Profesorado y Magisterial, Docentes universitarios, Profesionales de la salud, Asistenciales de la salud, Magistrados, Fiscales, Diplomáticos, Servidores penitenciarios, Militares y policías).

Los servidores públicos con vínculo laboral regulados por CAS representan un 17%, los regulados por el Decreto Legislativo N° 276 un 16%, y los regulados por el Decreto Legislativo N° 728 representan un 7%.

En tanto que el bloque correspondiente a otros con vínculo laboral (Gerentes públicos) y con vínculo civil (Convenios de administración con PNUD, Fondo de Apoyo Gerencial) representan tan sólo el 1%.

Vemos que los servidores públicos con vínculo laboral regulados por el Decreto Legislativo N° 728 representan el 7% del total de los servidores públicos, y pese a trabajar para el Estado están regidos por una norma dada específicamente para el sector privado, obligándoseles adicionalmente a superar un periodo de prueba laboral pese a haber acreditado su idoneidad para el desempeño del cargo por el cual participaron en un concurso público de méritos.

**TABLA Nº 3**  
**GRUPO OCUPACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**  
**REGIDOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 728**

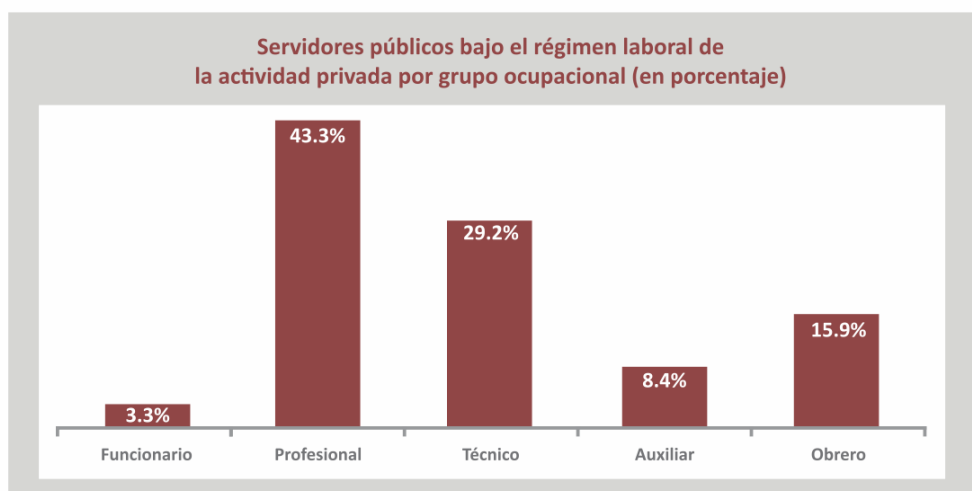
Servidores públicos bajo el régimen laboral de la actividad privada por grupo ocupacional (en porcentaje)	%
Funcionario	3.3
Profesional	43.3
Técnico	29.2
Auxiliar	8.4
Obrero	15.9
<b>Total</b>	<b>100</b>

Fuente 1: MEF- Módulo de gestión de recursos humanos, 2011

Fuente 2: para Gobierno Local: INEI - Registro Nacional de Municipalidades - RENAMU, 2010

Elaboración: SERVIR - GPGRH

**GRÁFICO Nº 3**  
**GRUPO OCUPACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**  
**REGIDOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 728**



Fuente 1: MEF- Módulo de gestión de recursos humanos, 2011

Fuente 2 para Gobierno Local: INEI - Registro Nacional de Municipalidades – RENAMU, 2010

Elaboración: SERVIR - GPGRH

En la Tabla y Gráfico N° 3 se aprecia la distribución de los servidores públicos sujetos al Decreto Legislativo N° 728 conforme su grupo ocupacional.

Así tenemos que el 3.3% servidores públicos corresponde al grupo ocupacional de funcionarios.

Los auxiliares comprenden el 8.4%.

El grupo ocupacional de obreros abarca el 15.9%.

El 29.2% corresponde al grupo ocupacional conformado por técnicos, y

Finalmente, el 43.3% pertenece al grupo ocupacional integrado por profesionales. Este grupo ocupacional es el más numeroso y representativo, pues alcanza casi el 50% de la totalidad de los servidores públicos sujetos al Decreto Legislativo N° 728.

Todo este gran bloque de empleados públicos, se encuentra dentro de los alcances del artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) a quienes pese a haber ingresado mediante concurso público de méritos, se les obliga adicionalmente a superar un periodo de prueba laboral, vulnerándose su derecho fundamental de igualdad y no discriminación.

**TABLA Nº 4**

**PROPORCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS POR RÉGIMEN  
LABORAL Y NIVEL DE GOBIERNO**

Proporción de servidores públicos por régimen laboral y nivel de gobierno (excluye carreras especiales)	%
CAS Nacional	34.5
CAS Regional	63.8
CAS Local	31.3
728 Nacional	26.9
728 Regional	1.9
728 Local	12.8
276 Nacional	38.5
276 Regional	34.2
276 Local	55.9

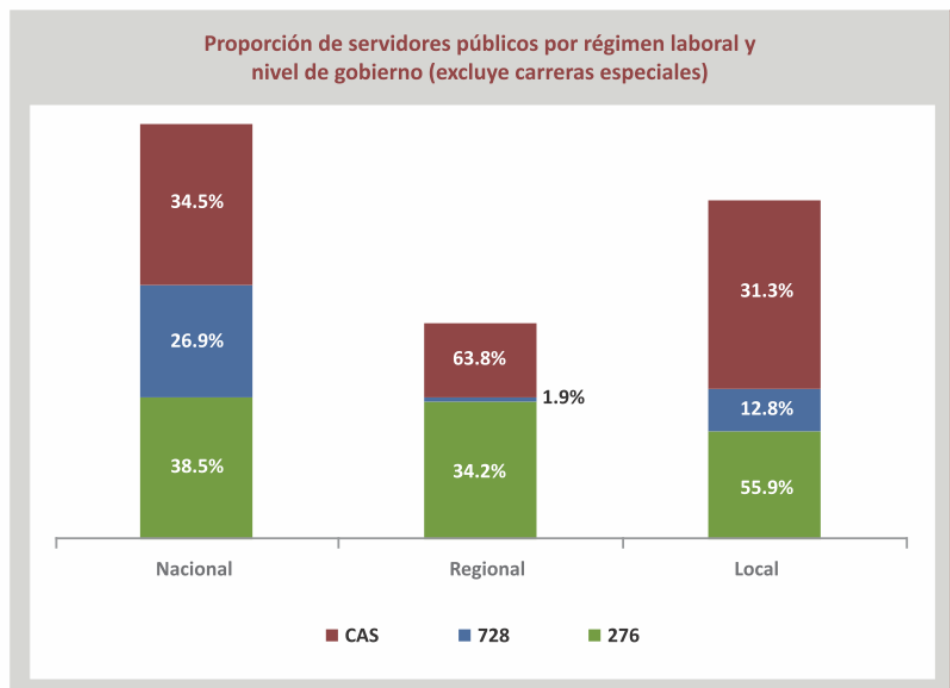
Fuente 1: MEF- Módulo de gestión de recursos humanos, 2011

Fuente 2: para Gobierno Local: INEI - Registro Nacional de Municipalidades - RENAMU, 2010

Elaboración: SERVIR - GPGRH

**GRÁFICO Nº 4**

**PROPORCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS POR RÉGIMEN  
LABORAL Y NIVEL DE GOBIERNO**



Fuente 1: MEF- Módulo de gestión de recursos humanos, 2011

Fuente 2 para Gobierno Local: INEI - Registro Nacional de Municipalidades – RENAMU, 2010

Elaboración: SERVIR - GPGRH


La Tabla y Gráfico N° 4 muestra la proporción de los servidores públicos sujetos al régimen CAS y los D. Leg. N° 276 y N° 728 en relación al nivel de gobierno.

El régimen CAS comprende el 34.5% de servidores públicos a nivel de gobierno nacional, el 63.8% a nivel de gobierno regional y el 31.3 a nivel de gobierno local.

El régimen del Decreto Legislativo N° 276 comprende el 38.5% de servidores públicos a nivel de gobierno nacional, el 34.2% a nivel de gobierno regional y el 55.9% a nivel de gobierno local.

El régimen del Decreto Legislativo N° 728 comprende el 26.9% de servidores públicos a nivel de gobierno nacional, el 1.9% a nivel de gobierno regional y el 12.8% a nivel de gobierno local.

Podemos observar que la gran mayoría de los servidores públicos con vínculo laboral regulados por el Decreto Legislativo N° 728 (26.9%) presta sus servicios en entidades públicas a nivel de gobierno nacional, ello significa que pese a que laboran en instituciones públicas del gobierno central o gobierno nacional, están regulados por una norma dada específicamente para el sector privado, hecho que resulta irregular y más aún si obliga a los servidores públicos a superar un periodo de prueba laboral pese a haber participado en un concurso público de méritos en el cual acreditaron su capacidad e idoneidad por el desempeño del cargo al que aspiraban.



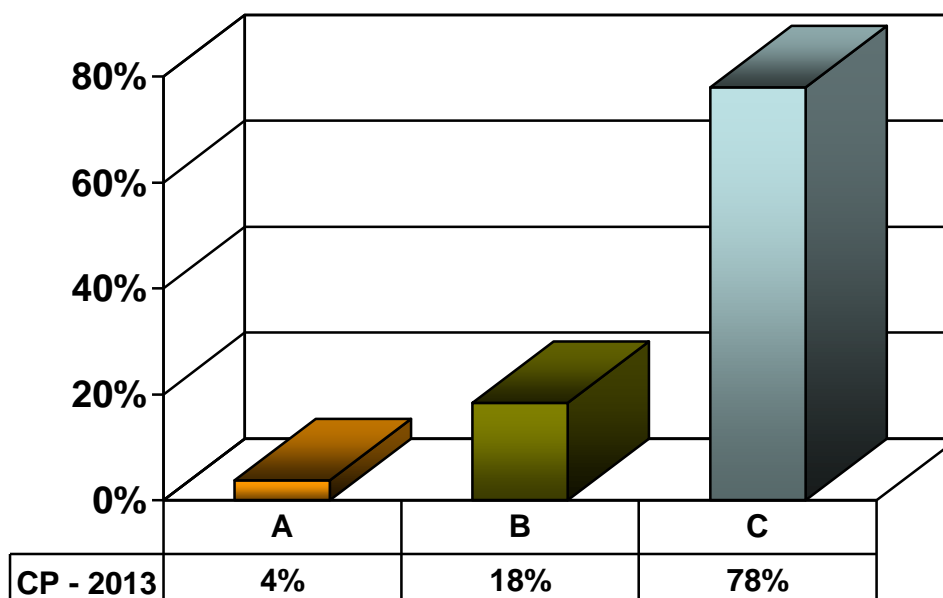
**Concurso Público de Méritos 001–2013–CG**  
**Gerencia de Recursos Humanos de la Contraloría General  
de la República**

**TABLA Nº 1**  
**NÚMERO DE PLAZAS OFERTADAS**

Número de plazas ofertadas	Subtotal	%
Órganos de Control Institucional	7	3.78
Oficinas de Coordinación Regional	34	18.37
Oficinas Regionales de Control	144	77.83
<b>Total</b>	<b>185</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Concurso Público de Méritos 001–2013–CG  
Contraloría General de la República – Gerencia de Recursos Humanos

**GRÁFICO Nº 1**  
**NÚMERO DE PLAZAS OFERTADAS**



LEYENDA	A Órganos de Control Institucional
	B Oficinas de Coordinación Regional
	C Oficinas Regionales de Control

**Fuente:** Concurso Público de Méritos 001–2013–CG  
Contraloría General de la República – Gerencia de Recursos Humanos

Acorde a los datos proporcionados por la Gerencia de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República, observamos que en el Concurso Público de Méritos 001–2013–CG, se ofertaron 185 plazas distribuidas a nivel nacional.

La totalidad de las plazas que fueran materia del concurso fueron cubiertas, no quedó ninguna plaza vacante.

Lamentablemente en la información proporcionada, no contamos con el detalle de las plazas a cubrir de manera específica, no obstante, se trata de plazas para ser cubiertas por personal con estudios superiores, es decir profesionales que básicamente están constituidos por abogados, administradores y contadores.

De la totalidad de las plazas, 7 plazas corresponden para ocupar cargos en Órganos de Control Institucional, 34 plazas corresponden para ocupar cargos en Oficinas de Coordinación Regional, y finalmente, 144 plazas corresponden para ocupar cargos en Oficinas Regionales de Control.

En relación a la distribución física de los cargos, cabe precisar que sólo en Lima metropolitana se ofrecieron 7 plazas para ocupar cargos en Órganos de Control Institucional, en el resto del país, las plazas a cubrir estaban prorrateadas entre Oficinas de Coordinación Regional que ascendían a 34 plazas y en Oficinas Regionales de Control cuyo número ascendía a 144 plazas.

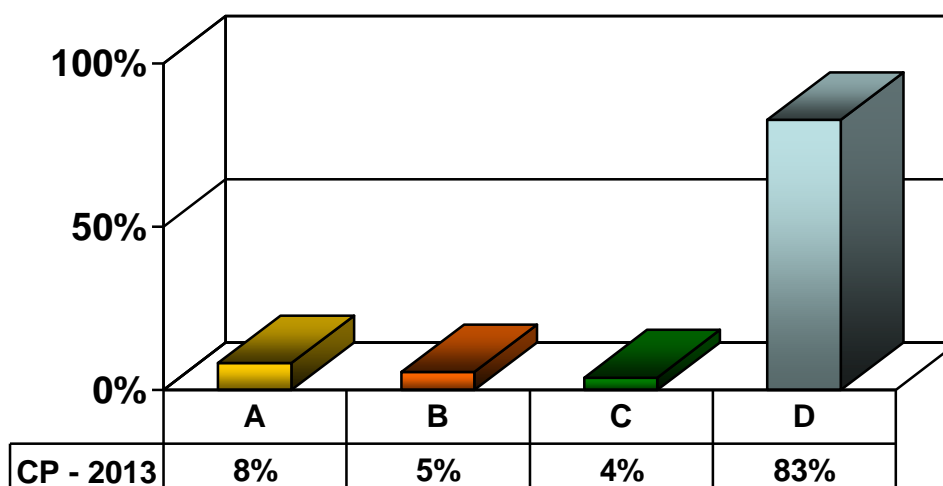
Como podemos observar, la mayor cantidad de plazas están destinadas para ocupar cargos en Oficinas Regionales de Control, con un altísimo 77.83%; las plazas destinadas para ocupar cargos en Oficinas de Coordinación Regional ocupan el segundo lugar con un 18.37%; en tanto que, el menor número de plazas registra un 3.78% y están destinadas para ocupar cargos en Órganos de Control Institucional.

**TABLA Nº 2**  
**NÚMERO DE PLAZAS POR REGIONES**

Número de plazas por regiones	Subtotal	%
Lima metropolitana	15	8.10
Lima provincias	10	5.40
Provincia Constitucional del Callao	7	3.78
Provincias a nivel nacional	153	82.70
<b>Total</b>	<b>185</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Concurso Público de Méritos 001–2013–CG  
Contraloría General de la República – Gerencia de Recursos Humanos

**GRÁFICO Nº 2**  
**NÚMERO DE PLAZAS POR REGIONES**



LEYENDA	A Lima metropolitana
	B Lima provincias
	C Provincia Constitucional del Callao
	D Provincias a nivel nacional

**Fuente:** Concurso Público de Méritos 001–2013–CG  
Contraloría General de la República – Gerencia de Recursos Humanos

El número de plazas asignadas por regiones está distribuida de la siguiente forma: La Provincia Constitucional del Callao cuenta con 7 plazas que equivalen al 3.78% del total, Lima provincias representa un 5.40% con 10 plazas, Lima metropolitana cuenta con 15 plazas que representan un 8.10%, en tanto que en el resto de provincias a nivel nacional fueron objeto de concurso público de méritos 153 plazas, mismas que constituyen el 82.70% del total de las plazas.

El detalle de la distribución de las plazas es el siguiente:

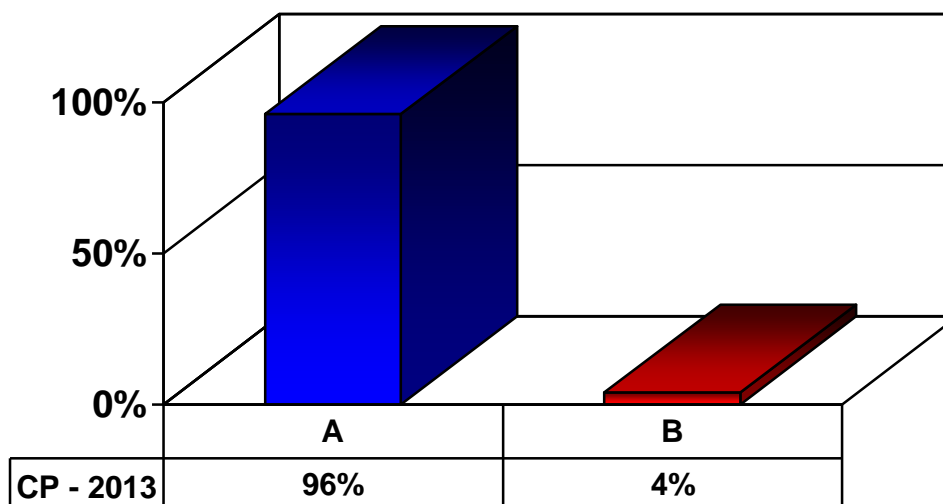
Institución / Localidad	Nº de Plazas	Porcentaje
Órgano de Control Institucional Lima	7	3.78
Oficina de Coordinación Regional Sur	10	5.40
Oficina de Coordinación Regional Norte	10	5.40
Oficina de Coordinación Regional Lima (Lima)	8	4.32
Oficina de Coordinación Regional Centro	6	3.24
Oficina Regional de Control Cusco	13	7.02
Oficina Regional de Control Lima Provincias	10	5.40
Oficina Regional de Control Ica	10	5.40
Oficina Regional de Control Moquegua	10	5.40
Oficina Regional de Control Ayacucho	9	4.86
Oficina Regional de Control Tacna	9	4.86
Oficina Regional de Control Puno	9	4.86
Oficina Regional de Control Pucallpa	8	4.32
Oficina Regional de Control Cajamarca	7	3.78
Oficina Regional de Control Callao	7	3.78
Oficina Regional de Control Huaraz	7	3.78
Oficina Regional de Control Piura	7	3.78
Oficina Regional de Control Huanuco	7	3.78
Oficina Regional de Control Iquitos	7	3.78
Oficina Regional de Control Huancavelica	6	3.24
Oficina Regional de Control Trujillo	6	3.24
Oficina Regional de Control Abancay	5	2.70
Oficina Regional de Control Moyabamba	4	2.16
Oficina Regional de Control Tumbes	3	1.62
<b>TOTAL</b>	<b>185</b>	<b>100%</b>

**TABLA Nº 3**  
**SUPERACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA**

<b>Superación del periodo de prueba</b>	<b>Subtotal</b>	<b>%</b>
Superaron el periodo de prueba	178	96.21
No superaron el periodo de prueba	7	3.78
<b>Total</b>	<b>185</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Concurso Público de Méritos 001–2013–CG  
Contraloría General de la República – Gerencia de Recursos Humanos

**GRÁFICO Nº 3**  
**SUPERACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA**



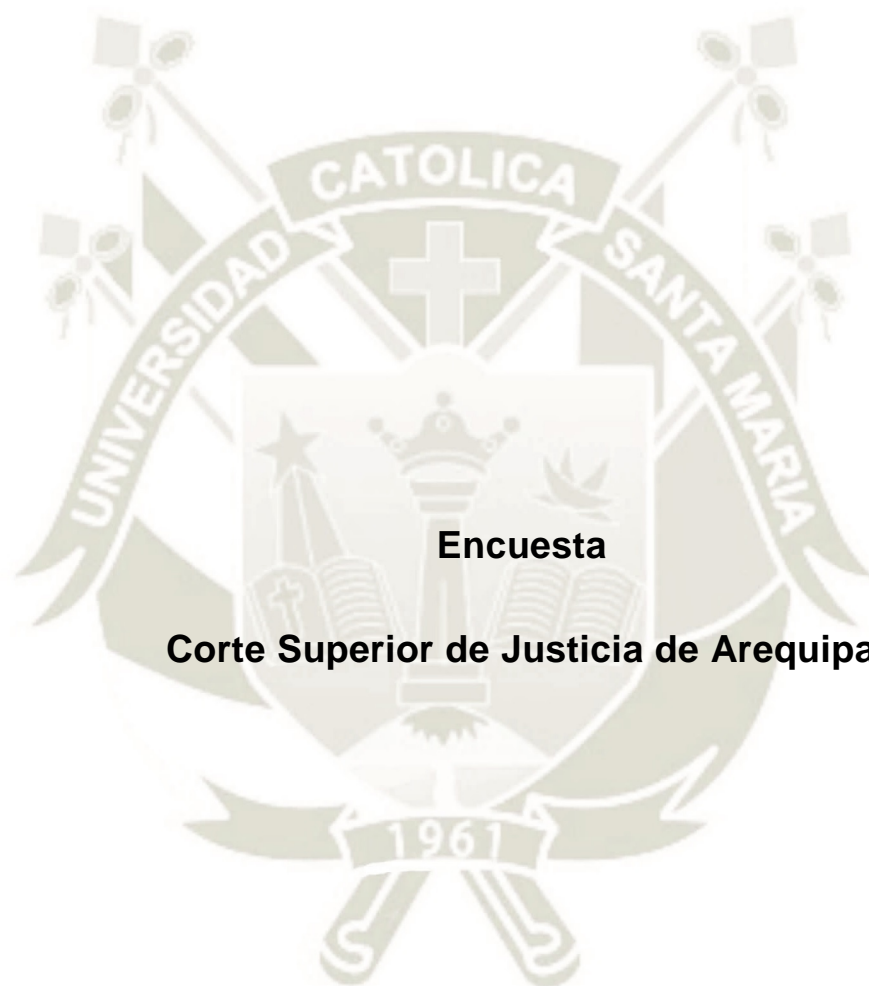
<b>LEYENDA</b>	A Superaron el periodo de prueba
	B No superaron el periodo de prueba

**Fuente:** Concurso Público de Méritos 001–2013–CG  
Contraloría General de la República – Gerencia de Recursos Humanos

Respecto a la superación del periodo de prueba, vemos que un 96.21% de los ganadores del concurso público de méritos superó el periodo de prueba laboral, en tanto que un 3.78% no lo superó.

Lamentablemente no se cuenta con el detalle de la información respecto de las plazas en las que no fue superado el periodo de prueba, por ser considerada información privilegiada de carácter confidencial.

Como podemos observar no todos los ganadores del concurso se mantuvieron en la plaza obtenida, pese a haber acreditado sus conocimientos y aptitudes para el desempeño del cargo al que postulaban, pues fueron retirados injustamente del mismo al amparo de lo dispuesto por el artículo 10º del Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) artículo del cual se plantea su modificación en la presente investigación, en mérito a los fundamentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales expuestos a lo largo del desarrollo de la Tesis, misma que postula la modificación del citado artículo por vulnerar derechos laborales y derechos fundamentales de los servidores públicos, que se encuentran regulados por el Decreto Legislativo N° 728.



**TABLA Nº 1**

**Régimen laboral del encuestado**

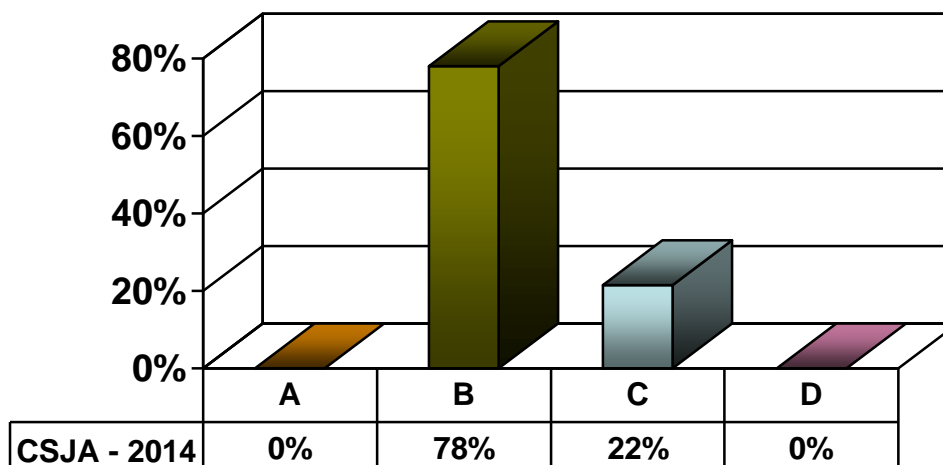
1. ¿Bajo que régimen laboral obtuvo su plaza de trabajo?	Subtotal	%
a) Decreto Legislativo Nº 276	0	0
b) D.S. Nº 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo Nº 728)	156	78
c) Decreto Legislativo Nº 1057 (CAS)	44	22
d) Otro régimen laboral	0	0
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 1**

**Régimen laboral del encuestado**



<b>LEYENDA</b>	A	Decreto Legislativo Nº 276
	B	D.S. Nº 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo Nº 728)
	C	Decreto Legislativo Nº 1057 (CAS)
	D	Otro régimen laboral

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

Acorde a los datos recogidos mediante la aplicación del cuestionario, encontramos que a la pregunta **¿BAJO QUE RÉGIMEN LABORAL OBTUVO SU PLAZA DE TRABAJO?**

156 empleados respondieron que obtuvieron su plaza de trabajo bajo el D.S. N° 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo N° 728), cifra que representa el 78% del total de las unidades de estudio, seguido por el grupo de empleados que obtuvieron su plaza de trabajo bajo el Decreto Legislativo N° 1057 (CAS), mismo que alcanza el número de 24 empleados y representa el 22%.

Así mismo, el 0% de empleados encuestados respondieron que obtuvieron su plaza de trabajo bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 u otro régimen laboral.

La Corte Superior de Justicia de Arequipa, Institución en la cual se aplicó el cuestionario, cuenta con un total de 1,196 empleados, personal que se distribuye de la siguiente forma: 137 Magistrados, 1 Gerente, 22 Cargos de confianza, 828 bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728, 205 bajo el régimen CAS y 3 bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

De tal modo que podemos apreciar que la mayoría de encuestados (78%) está regulado por el D.S. N° 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo N° 728) y han pasado por la exigencia de superar el periodo de prueba laboral, mismo que la presente investigación plantea su exoneración.

**TABLA Nº 2**

**Vulneración del derecho al trabajo**

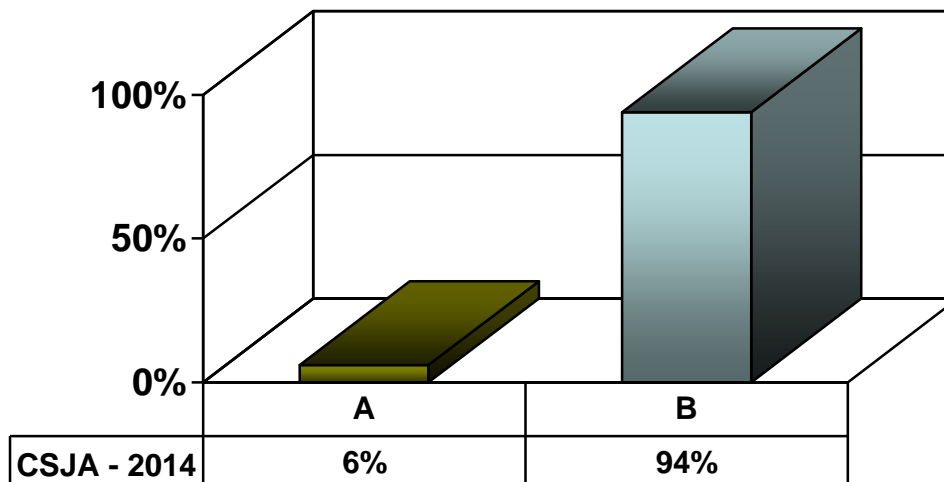
2. ¿Considera que el periodo de prueba laboral vulnera el derecho al trabajo en general?	Subtotal	%
a) Si	12	6
b) No	188	94
<b>Total</b>	<b>200</b>	<b>100</b>

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 2**

**Vulneración del derecho al trabajo**



LEYENDA	A Si
	B No

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

A la pregunta **¿Considera que el periodo de prueba laboral vulnera el derecho al trabajo en general?**

12 empleados que representan el 6% respondieron que el periodo de prueba laboral si vulnera el derecho al trabajo en general; en tanto que 188 empleados, con un porcentaje equivalente al 94% respondieron que el periodo de prueba laboral no vulnera el derecho al trabajo en general.

Podemos observar que un elevado 94% de los encuestados respondió que el periodo de prueba laboral no vulnera el derecho al trabajo en general, ello concuerda con lo sostenido a lo largo del desarrollo teórico, por cuanto, como se señala en la presente investigación, no se aboga por la eliminación del periodo de prueba laboral para todos los trabajadores, lo que se plantea es la exoneración del periodo de prueba únicamente para los servidores que han logrado una plaza de trabajo por concurso público.

**TABLA Nº 3**

**Objetivo del periodo de prueba laboral**

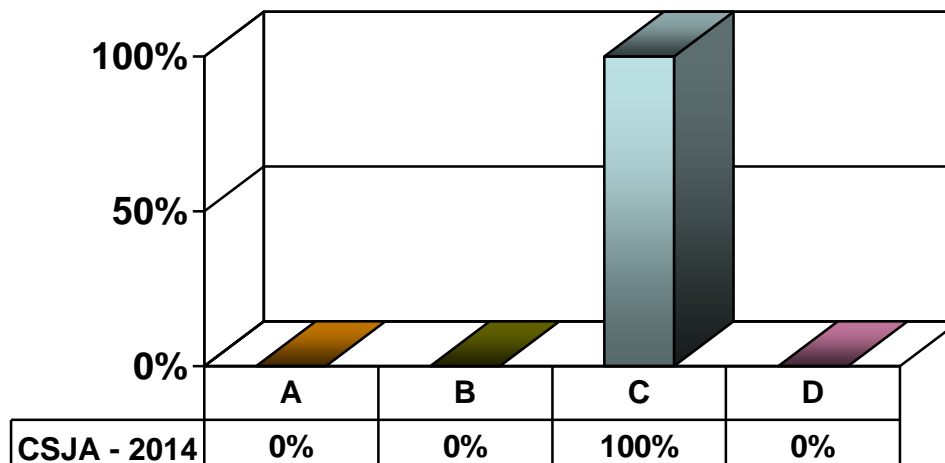
<b>3. Básicamente ¿Cuál es el objetivo del periodo de prueba?</b>	<b>Subtotal</b>	<b>%</b>
a) Que el trabajador evalúe las calidades y cualidades del empleador	0	0
b) Que tanto empleador como trabajador establezcan relaciones de amistad y compañerismo	0	0
c) Apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo.	200	100
d) Ninguna de las anteriores	0	0
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 3**

**Objetivo del periodo de prueba laboral**



<b>LEYENDA</b>	A Que el trabajador evalúe las calidades y cualidades del empleador
	B Que tanto empleador como trabajador establezcan relaciones de amistad y compañerismo
	C Apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo
	D Ninguna de las anteriores

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

A la pregunta **BÁSICAMENTE ¿CUÁL ES EL OBJETIVO DEL PERIODO DE PRUEBA?**

El 100% de los encuestados eligió la alternativa c) "Apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo."

Las alternativas a), b) y d), obtuvieron un 0% del total.

- a) Que el trabajador evalúe las calidades y cualidades del empleador;
- b) Que tanto empleador como trabajador establezcan relaciones de amistad y compañerismo; y
- d) Ninguna de las anteriores.

Ello demuestra que el 100% de los encuestados tienen una idea muy clara respecto del objetivo que se pretende alcanzar con la aplicación del periodo de prueba laboral.

El periodo de prueba es el lapso de tiempo común a ambas partes contratantes, durante el cual cualquiera de las partes, tanto empleador como empleado, puede dar por finalizada la relación laboral sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna con motivo de la resolución del contrato.

El periodo de prueba laboral, se define como el tiempo durante el cual tanto el empleador como el trabajador evalúan el entorno laboral. El empleador evaluará la capacidad del trabajador, en tanto que el trabajador evaluará si el empleador cumple con los beneficios y condiciones de trabajo ofrecidos.

**TABLA Nº 4**

**Acceso mediante concurso público**

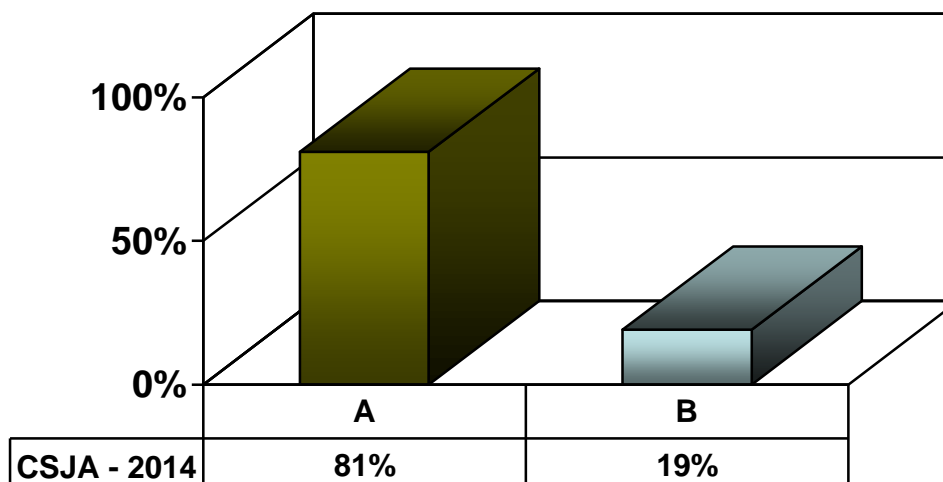
4. ¿Considera acertado que la normatividad vigente establezca que todo trabajador debe acceder a la función pública mediante concurso público de méritos?	Subtotal	%
a) Si	162	81
b) No	38	19
<b>Total</b>	<b>200</b>	<b>100</b>

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 4**

**Acceso mediante concurso público**



LEYENDA	A Si
	B No

<b>Encuesta :</b> Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014
<b>Fuente:</b> María Elena Córdova Salas

**A la pregunta ¿CONSIDERA ACERTADO QUE LA NORMATIVIDAD VIGENTE ESTABLEZCA QUE TODO TRABAJADOR DEBE ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS?**

162 empleados que representan el 81% respondieron que si consideran acertado que la normatividad vigente establezca que todo trabajador debe acceder a la función pública mediante concurso público de méritos; en tanto que, 38 empleados con un porcentaje equivalente a 19% no consideran acertado que la normatividad vigente establezca que todo trabajador debe acceder a la función pública mediante concurso público de méritos.

Vemos que el 81% de los empleados encuestados piensa que la forma más adecuada para ingresar a la función pública es mediante concurso público de méritos.

La selección y contratación de personal por parte del Estado bajo el régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley Marco del Empleo Público. Como lo establece esta Ley, el ingreso a las entidades públicas regidas por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley del fomento al empleo) se realiza mediante concurso público.

De acuerdo con el artículo 5° de la Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público (norma aplicable incluso a las entidades del régimen laboral de la actividad privada), el acceso al servicio civil, entendido como la prestación de un servicio personal, remunerado y subordinado entre una entidad de la Administración Pública y un empleado público, se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

**TABLA Nº 5**

**Exoneración del periodo de prueba laboral**

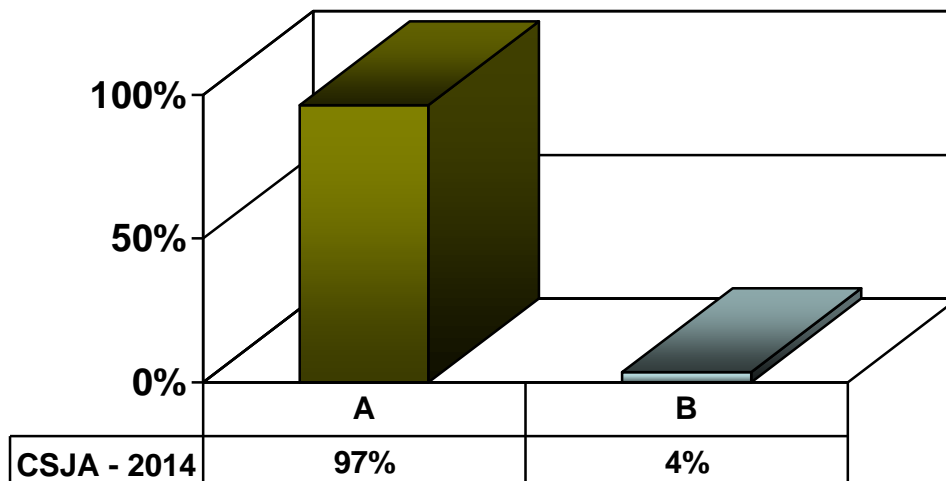
5. ¿Considera que debe exonerarse del periodo de prueba laboral a quienes obtienen una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos?	Subtotal	%
a) Si	193	96.5
b) No	7	3.5
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 5**

**Exoneración del periodo de prueba laboral**



LEYENDA	A Si
	B No

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

A la pregunta **¿CONSIDERA QUE DEBE EXONERARSE DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL A QUIENES OBTIENEN UNA PLAZA DE TRABAJO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS?**

193 empleados que representan el 96.5% respondieron que si debe exonerarse del periodo de prueba laboral a quienes obtienen una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos.

7 empleados que representan el 3.5% respondieron que no debe exonerarse del periodo de prueba laboral a quienes obtienen una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos.

Esta pregunta se complementa con las respuestas de las preguntas N° 3, Básicamente ¿Cuál es el objetivo del periodo de prueba? y N° 6 ¿Cuál es el objetivo del concurso público de méritos?

Obviamente resultaría innecesario el periodo de prueba si ANTES de asignar una plaza de trabajo se evalúa si el aspirante está calificado para el mismo.

**TABLA Nº 6**

**Objetivo del concurso público de méritos**

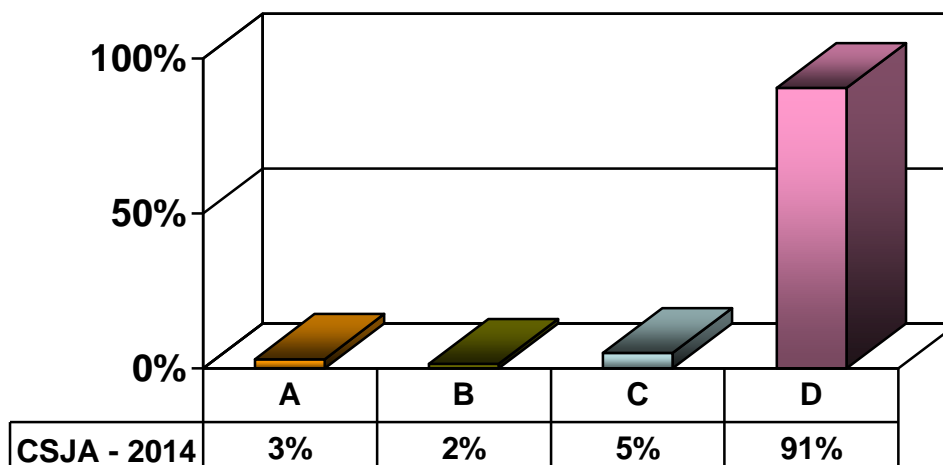
6. ¿Cuál es el objetivo del concurso público de méritos?	Subtotal	%
a) Valorar las cualidades de los aspirantes	6	3
b) Acreditar la calificación profesional de los aspirantes	3	1.5
c) Cubrir el puesto de trabajo con el más calificado	10	5
d) Todas las anteriores	181	90.5
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 6**

**Objetivo del concurso público de méritos**



LEYENDA	A	Valorar las cualidades de los aspirantes
	B	Acreditar la calificación profesional de los aspirantes
	C	Cubrir el puesto de trabajo con el más calificado
	D	Todas las anteriores

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

### A la pregunta **¿CUÁL ES EL OBJETIVO DEL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS?**

6 empleados que representan el 3% de los encuestados, respondieron que el objetivo del concurso público de méritos es valorar las cualidades de los aspirantes; 3 empleados, con un porcentaje equivalente al 1.5% respondieron que el objetivo del concurso público de méritos, es acreditar la calificación profesional de los aspirantes; en tanto que 10 empleados, con un porcentaje correspondiente al 5% respondieron que el objetivo del concurso público de méritos, es cubrir el puesto de trabajo con el más calificado. Finalmente 181 empleados que representan el 90.5% respondieron todas las anteriores.

Observamos que el porcentaje más alto (90.5%) lo alcanzó la opción todas las anteriores; no obstante, la elección de cualquiera de las alternativas era correcta, las opciones a) b) y c) expresan individualmente el objetivo del concurso público de méritos, pero al ser correcta todas las alternativas debía marcarse la opción d) Todas las anteriores.

Esta pregunta se complementa con las respuestas de las preguntas N° 3, Básicamente ¿Cuál es el objetivo del periodo de prueba? y N° 5. ¿Considera que debe exonerarse del periodo de prueba laboral a quienes obtienen una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos?

Vemos que en el periodo de prueba laboral el objetivo es evaluar si el empleado que ya está desempeñando un determinado trabajo, está calificado para el mismo, en tanto que en el concurso público de méritos se evalúa si el aspirante a ocupar una plaza de trabajo está calificado para el mismo, antes de que se le asigne la plaza de trabajo.

**TABLA Nº 7**

**Empleados estatales regulados por el D. Leg. Nº 728**

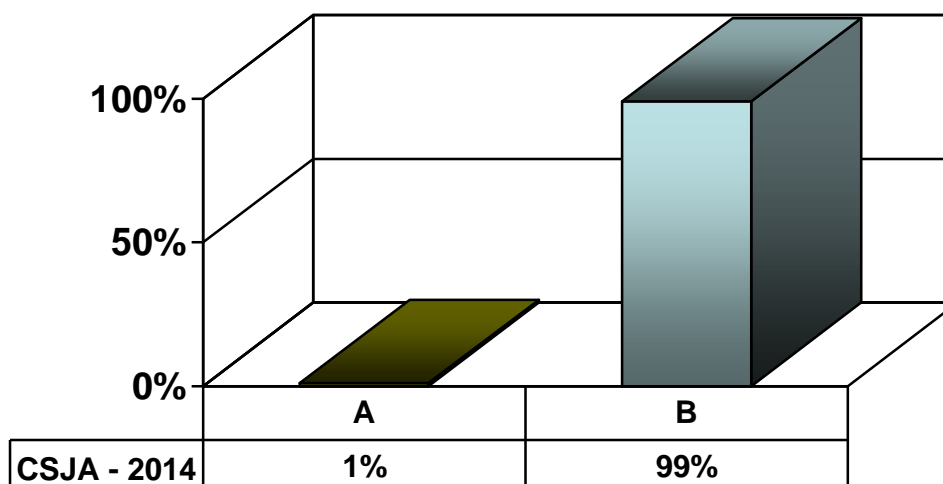
7. ¿Le parece adecuado que una gran cantidad de empleados del sector publico esté regido por el D.S. Nº 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo Nº 728) pese a que es una norma dada específicamente para regular el régimen laboral del sector privado?	Subtotal	%
a) Si	2	1
b) No	198	99
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 7**

**Empleados estatales regulados por el D. Leg. Nº 728**



LEYENDA	A Si
	B No

<b>Encuesta :</b> Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014
<b>Fuente:</b> María Elena Córdova Salas

**A la pregunta ¿LE PARECE ADECUADO QUE UNA GRAN CANTIDAD DE EMPLEADOS DEL SECTOR PUBLICO ESTÉ REGIDO POR EL D.S. Nº 003-97-TR (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 728) PESE A QUE ES UNA NORMA DADA ESPECÍFICAMENTE PARA REGULAR EL RÉGIMEN LABORAL DEL SECTOR PRIVADO?**

2 empleados encuestados que representan el 1% contestaron que si, en tanto que 198 empleados que representan el 99% contestaron que no.

Las respuesta proporcionada por casi la totalidad de los encuestados (99%) concuerda con lo señalado en el desarrollo teórico de la investigación, en el sentido que existe una gran cantidad de normas que regulan a los servidores del sector público (3 regímenes laborales generales y 12 especiales), lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos.

Adicionalmente, hay una gran cantidad de empleados que trabajan en entidades públicas, y están regulados por el D.S. Nº 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo Nº 728) no obstante, que es una norma para regular específicamente el régimen laboral del sector privado.

**TABLA Nº 8**

**Exoneración del periodo de prueba a los empleados estatales  
regulados por el D. Leg. Nº 276**

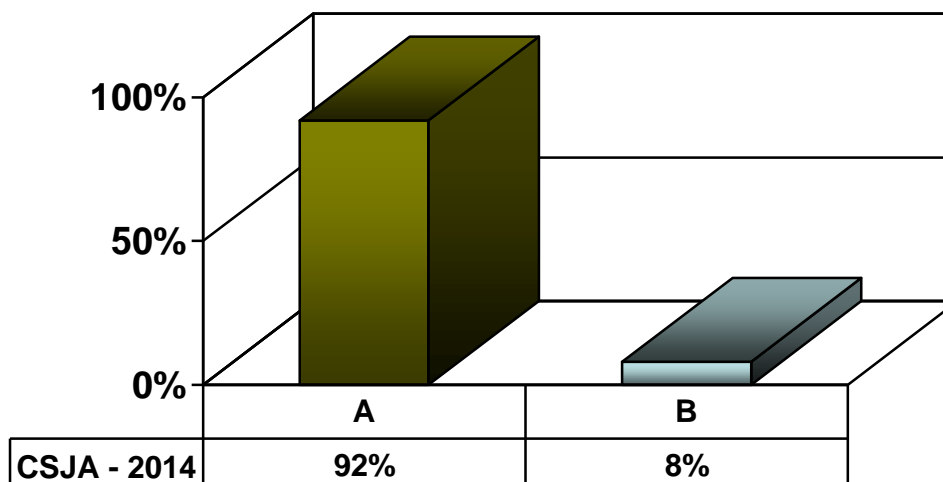
8. ¿Tiene conocimiento que los servidores públicos regidos por el Decreto Legislativo Nº 276 están exonerados del periodo de prueba laboral?	Subtotal	%
a) Si	184	92
b) No	16	8
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 8**

**Exoneración del periodo de prueba a los empleados estatales  
regulados por el D. Leg. Nº 276**



LEYENDA	A Si
	B No

<b>Encuesta :</b> Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014
<b>Fuente:</b> María Elena Córdova Salas

A la pregunta **¿TIENE CONOCIMIENTO QUE LOS SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 276 ESTÁN EXONERADOS DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL?**

184 empleados que representan el 92% contestaron que si, y 16 empleados que representan el 8% respondieron que no.

Podemos observar que la mayoría de encuestados tiene conocimiento que los empleados sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 están exonerados del periodo de prueba laboral.



**TABLA Nº 9**

**Vulneración del Derecho Fundamental de Igualdad**

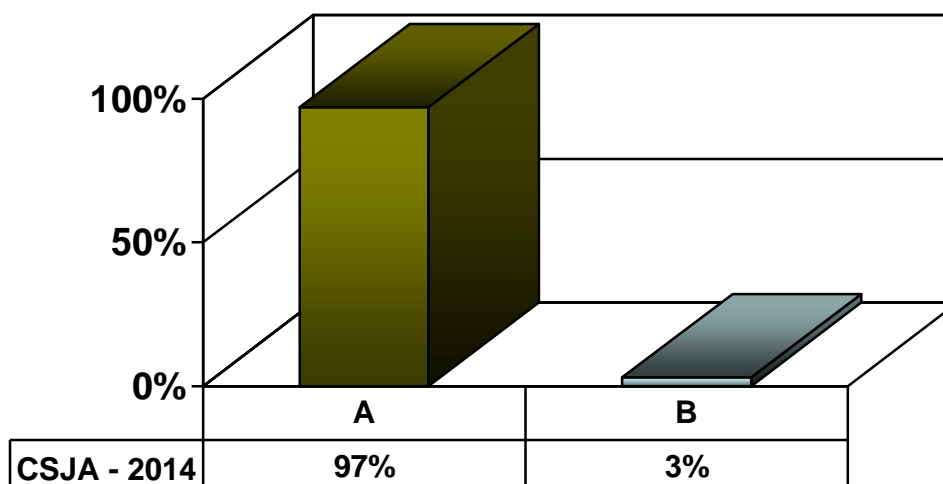
9. ¿Considera que se vulnera el derecho fundamental de igualdad, al establecer la exigencia de superar el periodo de prueba a los servidores públicos regidos por el D.S. Nº 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo Nº 728) pese a que han obtenido un puesto de trabajo mediante concurso público de méritos?	Subtotal	%
a) Si	194	97
b) No	6	3
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 9**

**Vulneración del Derecho Fundamental de Igualdad**



LEYENDA	A Si
	B No

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

A la pregunta **¿CONSIDERA QUE SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD, AL ESTABLECER LA EXIGENCIA DE SUPERAR EL PERIODO DE PRUEBA A LOS SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS POR EL D.S. N° 003-97-TR (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728) PESE A QUE HAN OBTENIDO UN PUESTO DE TRABAJO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS?**

194 empleados que representan el 97% respondieron que si, en tanto que 6 empleados que representan el 3% contestaron que no.

La respuesta dada por el 97% de encuestados concuerda con lo sostenido a lo largo de la investigación, en el sentido que, si todo servidor público, ingresa a la función pública mediante concurso público de méritos, porque se discrimina a un sector de los mismos obligándolos a superar adicionalmente el periodo de prueba laboral, este hecho vulnera manifiestamente el derecho fundamental de igualdad.

El principio de igualdad impide al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se de un trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente aceptables, se encuentran en la misma situación; o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que no pueden ser jamás tomadas en consideración, por prohibirlo expresamente la Constitución Política, o porque no guardan relación con el sentido de la regulación que al incluirlas incurre en arbitrariedad y por ende en discriminación.

**TABLA Nº 10**

**Eliminación de la exoneración del periodo de prueba a los  
empleados estatales regulados por el D. Leg. Nº 728**

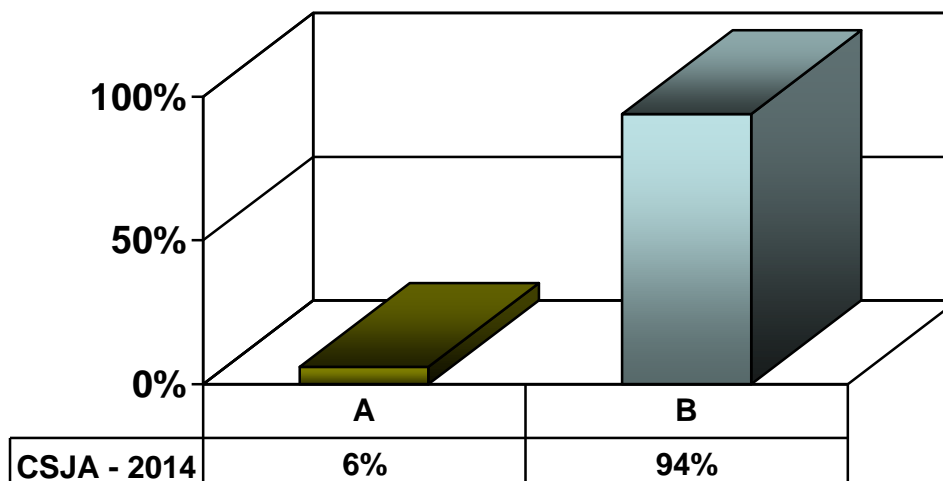
10. ¿Considera que existe una razón justificada para que se haya eliminado la exoneración del periodo de prueba prevista inicialmente en el Decreto Legislativo Nº 728, para quienes obtengan una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos?	Subtotal	%
a) Si	12	6
b) No	188	94
<b>Total</b>	200	100

**Encuesta :** Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014

**Fuente:** María Elena Córdova Salas

**GRÁFICO Nº 10**

**Eliminación de la exoneración del periodo de prueba a los  
empleados estatales regulados por el D. Leg. Nº 728**



LEYENDA	A Si
	B No

<b>Encuesta :</b> Corte Superior de Justicia de Arequipa - 2014
<b>Fuente:</b> María Elena Córdova Salas

**A la pregunta ¿CONSIDERA QUE EXISTE UNA RAZÓN JUSTIFICADA PARA QUE SE HAYA ELIMINADO LA EXONERACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA PREVISTA INICIALMENTE EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 728, PARA QUIENES OBTENGAN UNA PLAZA DE TRABAJO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS?**

12 encuestados que representan el 6% respondieron que si; y 188 empleados encuestados, con un porcentaje equivalente al 94% contestaron que no.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene elementos en su jurisprudencia que resultan muy útiles para hacer la distinción entre el principio general de igualdad, la igualdad ante la ley y la no discriminación. Así, en la Opinión Consultiva 4 señala:

- Que la igualdad ante la ley prohibía todo tratamiento discriminatorio de origen legal, aunque no todo tratamiento jurídico diferente era propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.
- Que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable, porque no hay discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.
- Que, la distinción para que no exista discriminación debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La exigencia de superar un periodo de prueba por parte de los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728), vulnera sus derechos constitucionales – laborales, ya que al igual que los servidores públicos regidos por el Decreto Legislativo N° 276, alcanzan una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos. No obstante, el artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR obliga a superar el periodo de prueba, hecho que manifiestamente vulnera el derecho fundamental de igualdad y no discriminación.

La exigencia irregular de superar un periodo de prueba laboral, atenta contra todos los principios orientadores de la función administrativa en un Estado Constitucional de Derecho, mismo que establece el acceso a la función pública mediante concurso público basado en el mérito y la capacidad de los aspirantes, de tal modo que se permita una selección justa y objetiva.

### SEGUNDA

El periodo de prueba laboral tiene por objeto permitir al empleador evaluar las capacidades del trabajador. No obstante, en el caso de los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, esta evaluación se realiza antes de que el trabajador ingrese a la función pública, ya que alcanzan una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos.

### TERCERA

Habiéndose accedido a un puesto de trabajo mediante concurso público de méritos en el cual el postulante no sólo ha acreditado sus

capacidades y aptitudes para desempeñarse en el cargo al que postula, sino que ha demostrado su mejor calificación respecto de los demás aspirantes, resulta innecesaria y abusiva la exigencia adicional de la superación de un periodo de prueba laboral, pues los trabajadores quedan a merced de una segunda y caprichosa evaluación por parte del empleador, en este caso el Estado.

#### **CUARTA**

A través del desarrollo de la investigación, se ha podido verificar que no existe una razón válida que justifique la eliminación de la exoneración del periodo de prueba de la que gozaban los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Al parecer, el objetivo fue dejar a los trabajadores si derecho a la estabilidad laboral de entrada y garantizarse así que se pueda resolver el vínculo laboral sin expresión de causa y sin incurrir en despido arbitrario, ello como consecuencia de la dación de normas jurídicas tendientes a favorecer la flexibilidad laboral.

## RECOMENDACIONES

### PRIMERA

Si bien el Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo fue emitido para regular el régimen laboral de la actividad privada, este mismo cuerpo legal se está utilizando para regular a los trabajadores del Estado, hecho que genera mucha confusión y desorden, por tanto se debe unificar en sólo régimen a todos los trabajadores del sector público. No obstante, debemos tener presente que todo trabajador en actividad que perciba un sueldo del Estado, tiene la calidad de servidor público, sea cual fuera el régimen laboral al que pertenezca.

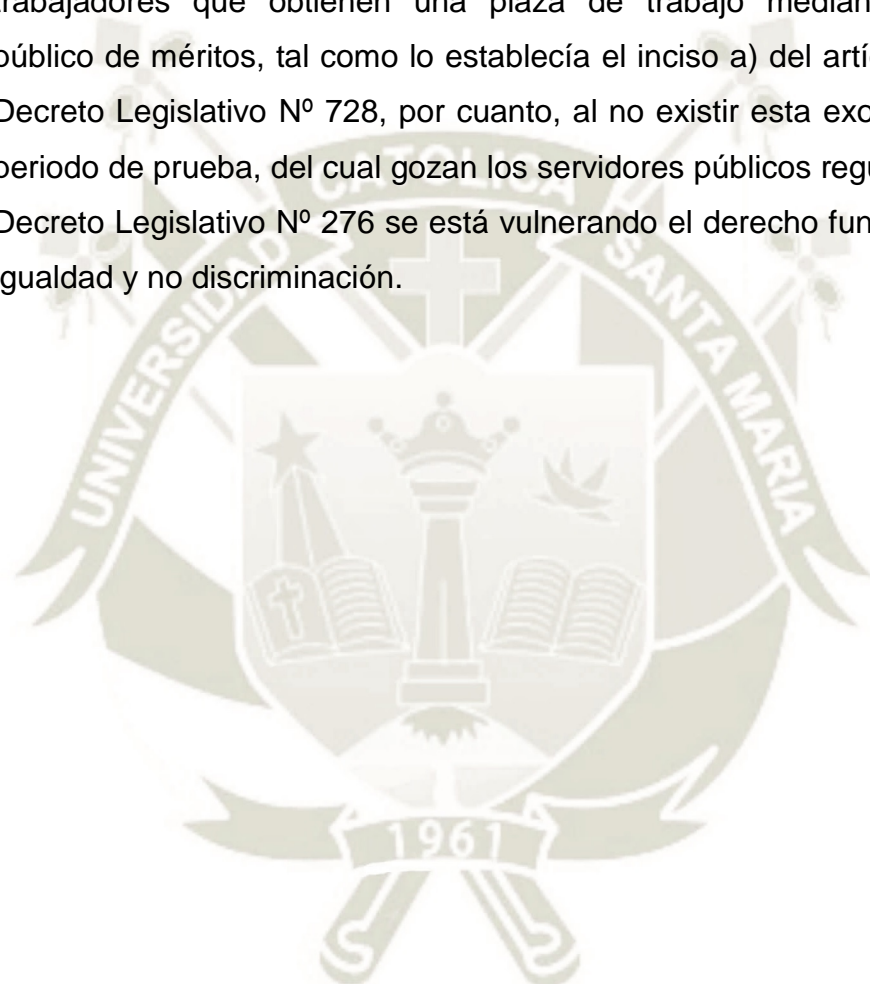
### SEGUNDA

Si bien es cierto que la tendencia mundial se inclina por la flexibilización laboral, misma que desde la década de los años noventa del siglo próximo pasado se viene aplicando en nuestro país, esta flexibilización no puede vulnerar derechos fundamentales de de los trabajadores.

Por tanto, en la emisión o modificación de toda norma jurídica debe primar el respeto absoluto de los derechos fundamentales de la persona, por cuanto, no se puede crear o modificar una norma que regule la relación jurídica laboral, sin prestar atención al principio de igualdad; así lo establece el artículo 26° de la Constitución Política del Estado vigente, señalando que en la relación laboral se respete los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación; el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley; y, la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

### TERCERA

Que se modifique el artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) insertando un inciso que contemple la restauración de la exoneración del periodo de prueba para los trabajadores que obtienen una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos, tal como lo establecía el inciso a) del artículo 44° del Decreto Legislativo N° 728, por cuanto, al no existir esta exoneración del periodo de prueba, del cual gozan los servidores públicos regulados por el Decreto Legislativo N° 276 se está vulnerando el derecho fundamental de igualdad y no discriminación.



## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

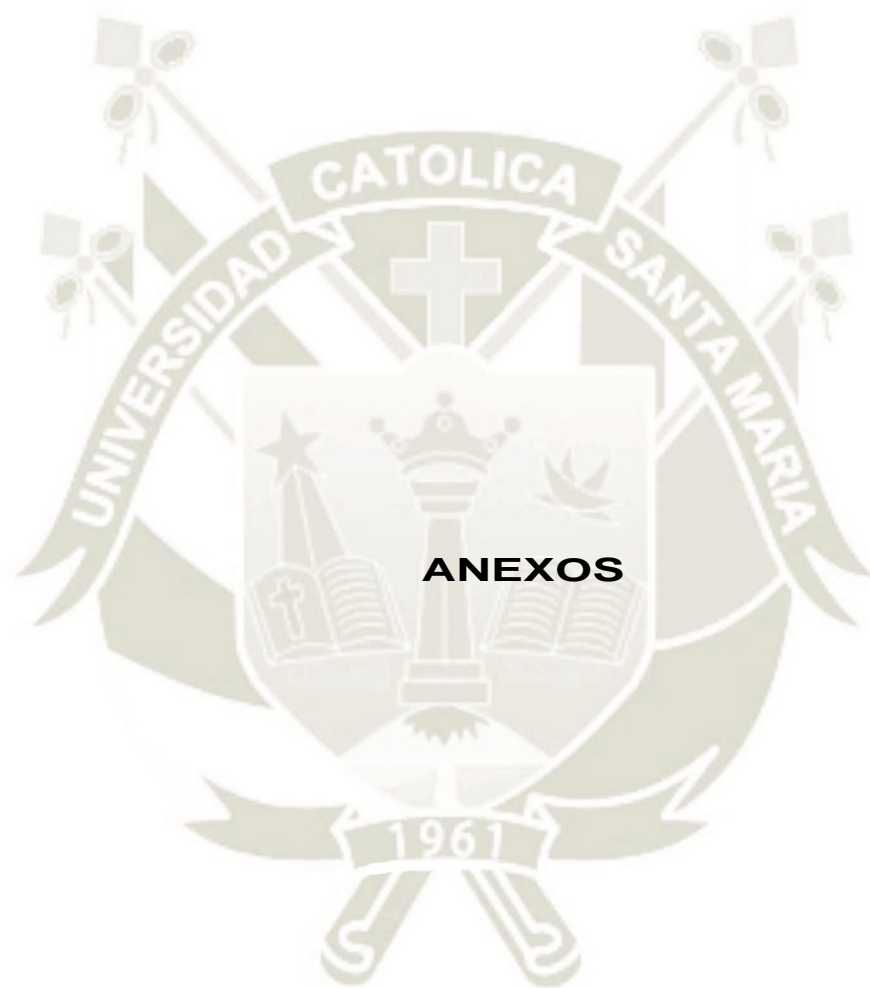
- AGER VÁZQUEZ Antonio; MARTÍNEZ DEL FRESNO, Joaquín y GONZÁLEZ RABANAL, José Manuel  
2006 **Cuerpo de gestión administrativa de la junta de Andalucía.** Octava Edición. Sevilla: MAD.
- BALBÍN TORRES, Edgardo  
2005 **Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública.** Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BELTRÁN LARCO, Luisa Pamela  
2013 **Problemática de la existencia de distintos regimenes de contratación de personal en el estado.** Tesis de Maestría. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Escuela de Postgrado.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.  
2006 **El despido en el derecho laboral peruano.** Segunda edición. Lima: Ara Editores.
- CONDEZO TAIPICURI, María Isabel  
2012 **Vulneración de los derechos laborales en el régimen de la contratación administrativa de servicios.** Tesis de Grado. Lima: Universidad Privada Norbert Wiener S.A. / Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- CONTRERAS, Carlos y CUETO Marcos  
2007 **Historia del Perú contemporáneo. Desde las luchas por la independencia hasta el presente.** Cuarta Edición. Lima: Instituto de Estudios peruanos.
- CHACALTANA, Juan; JARAMILLO, Miguel y YAMADA Gustavo (editores)  
2005 **Cambios globales y el mercado laboral peruano: Comercio, legislación, capital humano y empleo.** Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.
- CHAVES GARCÍA José Ramón  
2009 **Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia.** Madrid: Reus.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María  
2006 **Empleo y prestación de servicios en la administración pública.** Valladolid: Lex Nova.
- DEL REY GUANTER, Salvador [director]  
2007 **Estatuto de los trabajadores.** Segunda edición. Madrid: La Ley.
- DÍAZ DAZA, Víctor Julio  
2011 **Administración de personal y liquidación de nómina: Aspectos prácticos y jurídicos.** Cuarta edición. Barranquilla: Universidad del Norte.
- DÍAZ ZAZO, Pilar  
2010 **Orientación sociolaboral e iniciativa personal.** Madrid: Paraninfo.

- EQUIPO DE FORMACIÓN DE LA ESCUELA JULIÁN BESTEIRO - UGT  
2001 **Contratos de trabajo.** Cuarta Edición revisada. Madrid: UGT - Escuela Julián Besteiro.
- FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario  
2013 **Derecho del trabajo y seguridad social.** Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).
- FERNÁNDEZ MOLINA, Luis  
2004 **Derecho laboral guatemalteco.** Nueva Guatemala de la Asunción: Inversiones Educativas.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. Xavier  
2002 **La provisión de puestos de trabajo en la administración general del Estado.** Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- FLORES, Marcello (coordinador)  
2009 **Diccionario básico de derechos humanos: Cultura de los derechos en la era de la globalización.** México D.F.: FLACSO.
- GACETA CONSTITUCIONAL  
2011 **Gaceta constitucional Tomo Nº 47.** Lima: Grupo Gaceta Jurídica.
- GARCÍA, Norberto E.  
2004 **Competitividad y mercado laboral, Perú 1990 – 2004.** Santiago de Chile: CEPAL Comisión Económica para América Latina y Caribe
- GIRALDO HOYOS, Jorge Antonio  
2002 **El fuero laboral constitucional** [en línea]. Tesis de Grado. Bogota, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana / Facultad de Ciencias Jurídicas. Consulta: 30 de Abril de 2014. Disponible en:  
<<http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-22.pdf>>
- GÓMEZ GARCÍA, Roberto y PONCE MEDERO, Juan Manuel  
2008 **Contratación laboral 2008: Todo lo que necesita saber sobre los contratos.** Madrid: Fundación CONFEMETAL.
- GOERLICH PESET, José María [coordinador]  
2010 **Contratación laboral y tipos de contrato: Criterios jurisprudenciales.** Valladolid: LEX NOVA.
- GRANDA VIVEROS, Mónica Lucía  
2007 **Fundamentos de legislación laboral.** Medellín: Instituto Tecnológico Metropolitano.
- HERNÁNDEZ ESTRADA, Julio  
1993 **Avances en las reformas de política económica y comercial.** San José: Serie Documentos de Programas / IICA.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS - UNAM  
2011 **Revista latinoamericana de derecho social.** Número 12, Enero-Junio de 2011. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Universidad Nacional Autónoma de México.

- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
2002 **La profesionalización de la función pública en Iberoamérica.** Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- INSTITUTO PACÍFICO  
2009 **Revista actualidad empresarial Nº 174 - Primera quincena de enero 2009.** Lima: Pacífico Editores.
- 2013 **Revista actualidad empresarial Nº 281 - Segunda quincena de junio 2013.** Lima: Pacífico Editores.
- JAÉN DÍAZ, Marian  
2010 **Predicción del rendimiento laboral a partir de indicadores de motivación, personalidad y percepción de factores psicosociales** [en línea]. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid / Facultad de Psicología.  
Consulta: 27 de Abril de 2014. Disponible en:  
<<http://eprints.ucm.es/10843/1/T31913.pdf>>
- LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio y ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso  
2010 **Glosario jurídico básico.** Alicante: Club Universitario.
- LLADÓ LÁRRAGA, Dora Maria; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Iván y NAVARRO LEAL, Marco Aurelio  
2013 **Competencias profesionales y empleabilidad en el contexto de la flexibilidad laboral.** Bloomington: Palibrio LLC
- MAC GREGOR, S.J., Felipe E.  
2002 **Reflexión sobre el Perú.** Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo Editorial.
- MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo  
2009 **Los derechos laborales de rango constitucional.** Tesis de Maestría. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Escuela de Postgrado.
- MARIN GIL, Karem Alexandra  
2012 **La estabilidad laboral del sector público ecuatoriano y sus consecuencias en el cumplimiento de las indemnizaciones laborales** [en línea]. Tesis de Grado. Babahoyo: Universidad Técnica de Babahoyo / Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Educación.  
Consulta: 30 de Abril de 2014. Disponible en:  
<[http://190.63.130.199:8080/bitstream/123456789/1456/1/TESIS\\_KAREM%20MARIN.pdf](http://190.63.130.199:8080/bitstream/123456789/1456/1/TESIS_KAREM%20MARIN.pdf)>
- MARCUCCI DÍAZ-GRANADOS, Cesar Rafael  
2005 **Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial colombiano.** Bogotá: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia (Educc).
- MONTERO, Gregorio  
2011 **Régimen jurídico y profesionalización de los funcionarios públicos.** Santo Domingo: Publicaciones MAP
- MOREY JUAN, Andrés  
2004 **La función pública: Necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación.** Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

- NEVES MUJICA, Javier  
2007 **Introducción al derecho laboral.** Segunda edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Fondo Editorial.
- NAULA QUINDE, Andrea Verónica  
2012 **El régimen laboral en el sector público** [en línea]. Tesis de Maestría. Cuenca: Universidad Técnica Particular de Loja / Escuela de Ciencias Jurídicas.  
Consulta: 27 de Abril de 2014. Disponible en:  
<<http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/3245/1/Naula%20Quinde%20Andrea%20Veronica.pdf>>
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (director)  
2007 **Estatuto básico del empleado público.** Madrid: Wolters Kluwer.
- PALACIOS, Juan Alberto y MARENGO Jesús Ramón  
1997 **Flexibilidad laboral y retiro voluntario.** Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- PAREJO ALFONSO, Luciano  
1995 **Eficacia y administración.** Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO  
1994 **El desafío del empleo en América Latina y el Caribe: Documentos de trabajo N° 7.** Lima: Oficina Internacional del Trabajo.
- PARODI TRECE, Carlos  
2007 **Perú 1960-2000: Políticas económicas y sociales en entornos cambiantes.** Lima: Universidad del Pacífico Centro de Investigación.
- PÉREZ LUQUE, Antonio  
2005 **La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales.** Madrid: La Ley-Actualidad.
- PLÁ RODRÍGUEZ Américo [et al.]  
1989 **Estabilidad en el empleo, soluciones de conflictos de trabajo y concertación social: (Perspectiva iberoamericana).** Murcia: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
2006 **Revista universitas estudiantes N° 3.** Junio de 2006. Bogotá D.C.: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas JAVEGRAF.
- PUBLICACIONES VÉRTICE  
2011 **La contratación y la extinción del contrato.** Málaga: Vértice.
- RODRÍGUEZ MORENO M.L.(coordinadora), ÁLVAREZ GONZÁLEZ M.; FIGUERA GAZO M.P. y RODRÍGUEZ ESPINAR S.  
2009 **Estudios universitarios, proyecto profesional y mundo del trabajo: Cómo tender puentes entre la universidad y la vida activa.** Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- RUBIO GIL Ángeles  
2008 **Ganarse el puesto y superar con éxito el periodo de prueba.** sl.: Díaz de Santos.

- SELMA PENALVA, Alejandra  
2007 **Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española.**  
Valencia: TIRANT LO BLANCH
- SOTO ROY, Alvaro (editor)  
2008 **Flexibilidad laboral y subjetividades: Hacia una comprensión  
psicosocial del empleo contemporáneo.** Santiago de Chile: LOM  
Universidad Alberto Hurtado.
- TOKMAN, Víctor E.  
2004 **Las dimensiones laborales de la transformación productiva con  
equidad.** Santiago de Chile: CEPAL Comisión Económica para América  
Latina y Caribe
- UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
2005 **Revista sobre relaciones industriales y laborales Nº 41.** Caracas:  
Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales / Departamento de  
Estudios Laborales.
- UNIVERSIDAD DE CHILE  
2006 **REJ – Revista de estudios de la justicia – Nº 7.** Santiago de Chile:  
Centro de Estudios de la Justicia – Facultad de Derecho – Universidad  
de Chile.
- VENTURA, Belén Ena y DELGADO GONZÁLEZ, Susana  
2013 **Gestión de recursos humanos.** Madrid: Paraninfo.
- VELÁSQUEZ PINTO, Mario D.  
2003 **Seguros de desempleo, objetivos, características y situación en  
América Latina.** sl: United Nations Publications
- VILLASMIL PRIETO, Humberto  
2006 **Estudios de derecho del trabajo.** Caracas: Universidad Católica  
Andrés Bello.



## UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

### ESCUELA DE POST GRADO

### MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10º DEL D.S. Nº 003-97-TR LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 728) EN RELACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES QUE INGRESAN MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO EN EL PERÚ, PERIODO 2013 - 2014**

**Proyecto de Tesis Presentado por la bachiller:**

**MARÍA ELENA CÓRDOVA SALAS**

**Para optar el Grado Académico de:**

**MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AREQUIPA – PERÚ**

**2014**

## PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

### I. PREÁMBULO

Desde el inicio de mi formación académica en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM, mi marcada inclinación por temas constitucionales atrajo mi interés hacia problemas en los que se vulneran derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado.

Ya en el ejercicio de mi profesión como operadora del derecho, he podido percibir la existencia de la problemática por la que atraviesan los servidores públicos sujetos al régimen del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo) que acceden a una plaza de trabajo mediante concurso público.

Participar en un concurso público, implica la evaluación de conocimientos, evaluación psicotécnica, evaluación curricular, entre otros; y no obstante, a ser ganadores de dicho concurso, adicionalmente se les obliga a someterse a un periodo de prueba laboral, vulnerándose así el derecho fundamental de igualdad.

El período de prueba laboral, que es objeto de estudio en la presente investigación, es una institución jurídica clásica conformada en torno a tres caracteres esenciales: Su finalidad experimental, su breve duración y las amplias facultades resolutorias derivadas del desistimiento *ad nutum*. Por ello, la investigación se proyecta más allá del análisis de su justificación en el actual marco jurídico-laboral en el que prolifera la temporalidad de las contrataciones y existe un marco

laboral más flexible.

El problema acerca del período de prueba que abordo en mi Tesis para optar el grado de magíster en derecho constitucional, me ha generado diversas expectativas que pretendo despejar con la obtención de los objetivos planteados en la investigación, la misma que no aboga por la desaparición de la institución del periodo de prueba, pero sí plantea que su utilización no siempre está justificada; pues, entiendo que resulta en cierto sentido, anacrónica, artificial y que se presta a un empleo abusivo por parte del empleador, en este caso el Estado.

## **II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO**

### **1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

Análisis del artículo 10<sup>o</sup> del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) en relación al derecho fundamental de igualdad y no discriminación de los trabajadores que ingresan mediante concurso público en el Perú, Periodo 2013 - 2014.

#### **1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

##### **1.2.1 CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

Campo : Ciencias jurídicas.

Área : Derecho Constitucional.

Línea : Derechos Fundamentales – Laboral.

### 1.2.2 OPERACIONALIDAD DE VARIABLES

VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
Concurso Público de Méritos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Periodicidad de las convocatorias</li> <li>- Proceso de selección</li> <li>- Calificación académica</li> </ul>	<p>Frecuencia Necesidad Oportunidad</p> <p>Capacidades Habilidades Conocimientos</p> <p>Nivel de preparación Capacitación Grados académicos Postgrados académicos</p>
Periodo de Prueba	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Atributos evaluados</li> <li>- Art. 44° del Decreto Legislativo 728</li> <li>- Art. 10° del D.S. N° 003-97-TR (T.U.O del Decreto Legislativo N° 728)</li> <li>- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</li> </ul>	<p>Conocimientos Habilidades, Actitudes Responsabilidad Oportunidad Compromiso institucional</p> <p>Exoneración de periodo de prueba a ingresantes por concurso público</p> <p>Eliminación de exoneración del periodo de prueba</p> <p>Ampliación del periodo de prueba</p> <p>Periodo de prueba, derechos fundamentales de igualdad y no discriminación</p>

### 1.2.3 INTERROGANTES DE INVESTIGACIÓN

- ¿Cómo violenta el espíritu de los derechos

constitucionales - laborales, el periodo de prueba laboral para servidores públicos?

- ¿Cuál es el objetivo del periodo de prueba laboral?
- ¿Por qué no debe cumplirse un periodo de prueba laboral, si se ha accedido a un puesto de trabajo mediante concurso público?
- ¿Por qué se ha eliminado la exoneración del periodo de prueba laboral, para quienes acceden a un puesto de trabajo mediante concurso público?

#### **1.2.4 TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN**

El tipo de problema a investigar es documental y de campo.

El nivel es explicativo.

### **1.3 JUSTIFICACIÓN**

#### **PERSPECTIVA HUMANA Y ESTRUCTURAL**

Desde una perspectiva humana y estructural, el estado social y de bienestar está muy ligado a la calidad y cantidad de los recursos humanos que lo prestan, cuya capacitación e idoneidad resulta validada por la superación del proceso selectivo. Los errores en la selección de empleados públicos los paga la eficacia del servicio público, de igual modo que una selección certera potencia su rendimiento. No obstante, la elección basada estrictamente en los principios de mérito y capacidad, debe respetar los principios fundamentales de la persona, tales como el derecho a la igualdad y no discriminación.

## PERSPECTIVA COYUNTURAL, RELEVANCIA ACADÉMICA E INNOVACIÓN.

Asistimos a un período de crisis económica en que la competencia y ansiedad para alcanzar una plaza de trabajo se acrecienta y con ello cobra mayor atención la pureza de los procedimientos selectivos. Un postulante puede entender que no existan plazas para todos y que resulte eliminado del proceso por no superar las pruebas, pero lo que le resulta inadmisibles es que el resultado se decida de forma arbitraria o bajo criterios alejados del mérito y la capacidad.

Por estos motivos, el problema jurídico enunciado tiene relevancia académica y requiere ser investigado, ya que se está vulnerando derechos constitucionales – laborales de los trabajadores del sector público que están regulados por el Decreto Legislativo N° 728, ya que pese a ingresar mediante concurso público, son obligados a superar un periodo de prueba laboral. Asimismo, el tema planteado es innovador ya que no se ha investigado anteriormente.

## PERSPECTIVA CIENTÍFICA Y APOORTE JURÍDICO

Finalmente, la importancia del estudio del problema planteado se justifica, por cuanto, toda la información recopilada nos permitirá obtener valiosos datos, a partir de los cuales podremos formular las respectivas sugerencias, que contribuyan a la prevención y solución de esta problemática.

## 2. MARCO CONCEPTUAL

Para la realización de la presente investigación, resulta de suma

importancia tener presente en forma clara y precisa conceptos y términos que se han de emplear a través de la investigación, siendo los principales los siguientes:

### **ACCESO A UN PUESTO DE TRABAJO<sup>81</sup>**

#### “Concurso

En este sistema se valoran los méritos de los aspirantes, de acuerdo con los baremos incluidos en la convocatoria. Este sistema es de carácter excepcional.

#### Oposición

La persona opositora tiene que superar las pruebas que establece la convocatoria.

#### Concurso-oposición

Este sistema consiste en la superación de las pruebas correspondientes y, si es necesario, los cursos de formación, determinadas condiciones de formación, méritos y experiencia.

En los diferentes sistemas se tienen que garantizar los principios constitucionales de igualdad, méritos y capacidad.

En la convocatoria se hará constar:

- El número de plazas vacantes, cuerpo, escala o categoría laboral y el porcentaje que se reserva a la promoción interna.
- Los requisitos y condiciones que tienen que reunir a los aspirantes.

---

<sup>81</sup> *Op. Cit.* RODRÍGUEZ MORENO M. L. (coordinadora), M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.P. FIGUERA GAZO, S. RODRÍGUEZ ESPINAR. pp. 59-60.

- El contenido de las pruebas y programas, relación de méritos, criterios y normas de valoración.
- El calendario previsible para la realización de las pruebas.
- La composición del tribunal o comisión de selección.
- La cuantía de los derechos de examen.
- El modelo de instancia.”

Por su parte, en la Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 41,<sup>82</sup> se define al concurso como “Competencia entre quienes aspiran a encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas. Esto nos indica que existe una premisa fundamental para aquellos que decidan optar a un cargo determinado: deben competir en igualdad de condiciones. Esto sólo puede lograrse mediante la definición de criterios claros y el diseño de instrumentos adecuados, lo que conformará la metodología para el desarrollo de los concursos públicos de oposición.”

### **LA IGUALDAD DE ACCESO A LOS PUESTOS DE TRABAJO Y LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD<sup>83</sup>**

De acuerdo con la doctrina constitucional sentada al efecto, el artículo 23.2 de la CE, al reconocer a los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública, si bien no confiere un derecho sustantivo a desempeñar funciones determinadas (SSTC 50/1986. de 23 de abril y 200/1991. de 28 de octubre), sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica

---

<sup>82</sup> Universidad Católica Andrés Bello. **Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 41**. sl.: Departamento de Investigaciones sobre Relaciones Industriales y Laborales, 2005, p. 264.

<sup>83</sup> *Op. Cit.* FERREIRA FERNÁNDEZ A. Xavier. pp. 56-57.

de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio. Este artículo concede, por tanto, un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y en último término ante el TC, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 50/1986. de 23 de abril. 148/1986, de 25 de noviembre, 24/1990 y 200/1991. de 28 de octubre). A su vez, interpretado sistemáticamente con el segundo inciso del artículo 103.3 CE, impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad (SSTC 50/1986. de 23 de abril. 148/1986. de 25 de noviembre. 193/1987. de 9 de diciembre, 206/1988. 67/1989. 27/1991. de 14 de febrero y 215/1991, de 14 de diciembre). De modo que no toda desigualdad en las condiciones de acceso está prohibida, sino sólo aquellas que no se basen en criterios de mérito y capacidad; o, visto desde el ángulo inverso, no toda concreción de las exigencias de mérito y capacidad es discriminatoria, sino sólo aquéllas que produzcan un trato desigual entre los que se encuentran en una situación igual (SSTC 75/1983.50/1986. de 23 de abril. 148/1986, de 25 de noviembre, 18/1987.de 16 de febrero).

### **EL PERIODO DE PRUEBA<sup>84</sup>**

“Aun cuando la locución ofrece generalidad para aplicarla en campos muy diversos, por el significado experimental que posee en cosas, personas e instituciones, se refiere por antonomasia al contrato de trabajo, en fase preliminar que Pla Rodríguez ha definido como el espacio de tiempo en el cual el trabajador

---

<sup>84</sup> *Op. Cit.* OSORIO, Manuel. p. 718.

demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula.

El también denominado contrato a prueba o contrato de ensayo se caracteriza mejor como la condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el nexo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso, con las prestaciones de la otra parte.”

En la Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 41, se define al periodo de prueba<sup>85</sup> como: “Es el tiempo concertado por el trabajador y el empresario durante el cual cualquiera de ellos puede dar por finalizada la relación laboral sin preaviso, sin necesidad de alegar ninguna causa y sin derecho a indemnización.

Por parte de la empresa, tiene la finalidad de comprobar si el trabajador se encuentra capacitado para el desarrollo del puesto, y por parte del trabajador, conocer las condiciones de trabajo reales. Es por esta razón que si éstos ya han trabajado en la misma empresa con anterioridad, y con las mismas funciones, se entenderá suprimido el periodo de prueba, o bien si así se establece en el contrato, por acuerdo de ambas partes. Sin embargo, no podrá establecerse en dicho contrato periodos superiores a los establecidos legalmente a través de convenio colectivo.”

Por su parte, el Glosario jurídico básico define al periodo de prueba<sup>86</sup> como: “Pacto, libremente adoptado entre empresario y

---

<sup>85</sup> Universidad Católica Andrés Bello. **Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 41**. sl.: Departamento de Investigaciones sobre Relaciones Industriales y Laborales, 2005, p. 123.

<sup>86</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio y Alfonso ORTEGA JIMÉNEZ. **Glosario jurídico básico**. Alicante: Club Universitario, 2010, pp. 148-149.

trabajador, que debe ser acordado por escrito con el objeto de conocer si las condiciones o aptitudes del trabajador se adecuan al puesto de trabajo que se le ofrece. Su duración máxima se establecerá en los Convenios Colectivos y en defecto de pacto en Convenio –por lo tanto, como norma supletoria– la duración no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores, pudiendo ser para estos últimos hasta tres meses si la empresa es de menos de veinticinco trabajadores. Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador ya haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, por lo tanto, debe estar de alta y percibir las mismas retribuciones que otro trabajador en idéntico puesto, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso, sin previo aviso ni derecho a indemnización. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados, durante el periodo de prueba, en la antigüedad del trabajador en la empresa. Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento que afecten al trabajador durante el período de prueba no interrumpen el cómputo del mismo, salvo que las partes acuerden otra cosa.”

### **3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS**

Hecha la revisión en la Biblioteca de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María, se ha podido verificar que no existen estudios que se relacionen al tema materia de esta investigación.

Hecha la búsqueda en Universidades a nivel nacional, se ha verificado que no existen estudios que desarrollen el tema materia de esta investigación. No obstante, se ha encontrado 2 Tesis que sin versar sobre el tema planteado, son los que más se aproximan.

- **PROBLEMÁTICA DE LA EXISTENCIA DE DISTINTOS REGÍMENES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL ESTADO**

Autora: Luisa Pamela Beltrán Larco.

Escuela de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú, 2013.

#### CONCLUSIONES

1. Los contratos de Servicios No Personales (SNP) fueron creados con la promulgación del Decreto Supremo N° 065-85-PCM - Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestaciones de Servicios No Personales (RUA), con la finalidad de atender la necesidad de personal de las entidades del Estado a través de la contratación de servicios autónomos de un tercero ajeno a la entidad, servicio por el cual se le reconocía una contraprestación económica. Es decir esta figura se creó con la finalidad de proveer al Estado de servicios autónomos no subordinados.
2. Desde la década de los ochenta por razones de austeridad fiscal las leyes del presupuesto vinieron imponiendo limitaciones al nombramiento o contratación de personal, resultando habitual que las leyes anuales del presupuesto

público empezaran a prohibir la contratación de personal mediante los procedimientos estipulados en la Ley de la Carrera Administrativa; lo que provocó que gran parte de entidades públicas optara por la contratación de Servicios No Personales; dejando de lado los procedimientos de acceso a la Administración Pública normados por la Ley de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276).

3. Dentro de ese proceso de cambios se fue diluyendo el concepto de “Carrera Administrativa” y se perdió toda iniciativa centralizada en materia de capacitación, calificación y desarrollo de cuadros profesionales.
4. La mayoría de los contratos de Locación de Servicios No Personales fueron desnaturalizados pues se ha puesto en evidencia que la labor que desempeñan estos servidores era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación directa; siendo éstas, características de los contratos laborales y no civiles; es decir su labor era igual a la labor que desempeñan los trabajadores que ingresaron a trabajar para el Estado mediante concurso público, de acuerdo a lo establecido por la Ley de la Carrera Administrativa, trabajadores que si tenían reconocidos sus derechos, estaban registrados en planillas, percibían el pago de sus beneficios sociales, bonificaciones, tenían la posibilidad de ascender a mejores puestos, entre otros. Labor que fue reconocida a través de distintas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, el cual amparado en el Principio de Primacía de la Realidad reconoció el vínculo laboral existente entre las personas contratadas mediante SNP y el Estado.

5. La desnaturalización de los contratos SNP vulneró el artículo 23º de la Constitución Política, ya que de acuerdo al mismo, el Estado debió asegurar que ninguna relación laboral limitara los derechos constitucionales, ni desconociera o rebajara la dignidad de los trabajadores; convirtiéndose en inconstitucional la utilización de dichos contratos.
6. Situación que se agravó cuando la norma que regulaba la contratación de Servicios No Personales, es decir el RUA, quedara derogada en el año 1997, pues se siguió utilizando este tipo de contratación; situación que continuó hasta junio del año 2008, fecha en la que entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1057 – Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS); es decir durante más de diez años se utilizó en el Perú una modalidad de contratación de personal no regulada en ninguna Ley y lo que es peor aún, esta modalidad de contratación (SNP) fue desnaturalizada, ya que paso de ser un contrato administrativo a un contrato laboral quebrantado, en vista a que el personal contratado debía de cumplir un horario de trabajo y estar bajo subordinación permanente sin reconocerle beneficio laboral alguno; todo ello por causas de austeridad y racionalidad del gasto público impuestas por el Estado.
7. Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1057, el Estado reconoce tácitamente que los contratos de Servicios No Personales encubría una relación laboral, ya que la función que desempeñaban era de carácter permanente y estaban sujetos a subordinación.

8. Asimismo, consideramos que con la utilización de los CAS se vulneró el derecho de igualdad reconocido constitucionalmente a los trabajadores, ya que el Estado no dio un trato justo a todo su personal, a pesar de que las personas contratadas mediante CAS desarrollaban labores de carácter permanente, estaban sujetos a subordinación y recibían un pago por la labor prestada; características propias de un contrato de trabajo, pero que por haber sido contratados mediante CAS y no de acuerdo al procedimiento establecido por el Decreto Legislativo N° 276, tenían derechos recortados.

Lo cual mejoró posteriormente con la Sentencia N° 002-2010-PI/TC expedida por el Tribunal Constitucional, en la que se devela la existencia de una Relación Laboral en el Régimen CAS y reconoce los Derechos de Sindicalización y Huelga; así como mejoró con la expedición de la Ley N° 29849, la cual establece la Eliminación Progresiva del CAS y a su vez reconoce otros Derechos Laborales (Vacaciones remuneradas de 30 días naturales, licencias por maternidad, paternidad y otras, derecho a Recibir un Certificado de Trabajo, a gozar de los derechos que reconoce la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo).

9. La propuesta principal de solución al problema tiene en consideración dos aspectos contrapuestos; el primero considera la necesidad del Estado de contratación de personal teniendo en cuenta el ajustado presupuesto con el que cuenta y el segundo aspecto considera el derecho recortado de las personas que son contratadas mediante CAS.

Teniendo en cuenta ello se propone modificar el artículo 5º del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, pues con ello se pone un tope de tres (3) años de uso de los CAS y se contempla la inclusión progresiva de los servidores CAS a las planillas del Estado previo concurso público; lográndose con ello preservar el concepto de Carrera Pública y el reconocimiento de los derechos laborales de los servidores públicos.

Se consideró que la incorporación sea progresiva (en cuatro etapas), pues existe un gran número de servidores contratados mediante CAS y un recortado presupuesto público.

10. Respecto a la expedición de la Ley N° 29849, publicada el 06 de abril de 2012, la cual regula la Eliminación Progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057; somos de la opinión que no era necesaria su expedición, ya que como dijimos, el problema generado con el régimen CAS se solucionaría modificando el artículo 5º del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057.

El problema que encontramos con la Ley N° 29849, es que no se especificó el plazo que tomará la reincorporación progresiva de los trabajadores CAS a las planillas del Estado, y solo se estipuló que la eliminación será progresiva y que iniciará en el 2013 con la implementación del Régimen del Servicio Civil, es decir, esta Ley se supedita a las disposiciones que establecerá el Nuevo Régimen de Servicio Civil.

Otro problema que encontramos es que no se estipuló nada respecto a los nuevos trabajadores que ingresarán a laborar para el Estado, ¿a ellos se les contratará bajo el Régimen CAS? o ¿también ingresarán a trabajar conforme a las nuevas reglas de contratación que se establecerá con el Régimen de Servicio Civil?. Son por estas interrogantes por las que no nos encontramos de acuerdo con la expedición de la Ley N° 29849.

- **VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS**

Autora: María Isabel Condezo Taipicuri

Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener S.A. Lima – Perú, 2013.

### CONCLUSIONES

El Estado como principal garante de derechos tiene el deber de proteger a sus ciudadanos y como tal tiene la obligación de hacer respetar los derechos de cada uno; sin embargo, quien debería proteger y resguardar derechos es el primero que los vulnera al permitir la vigencia de los contratos administrativos de servicios.

Los principios laborales como directrices que permiten solucionar o llegar a una mejor resolución de un problema, no han sido tomados en cuenta a fondo al momento de tomar decisiones sobre la legalidad o no de esta norma vulneradora y discriminatoria de derechos, como es el cuestionado contrato administrativo de servicios.

Del presente estudio se ha comprobado que los contratos administrativos de servicios contienen los elementos esenciales para ser considerados como un contrato laboral, en consecuencia, la relación existente entre la persona que presta servicios y la entidad pública deviene en una relación laboral y no administrativa.

En la realidad los contratos administrativos de servicios tienen naturaleza laboral, pues en su contenido se presentan los elementos esenciales correspondientes a un contrato laboral y por ende el vínculo con la entidad contratante deviene en una relación laboral, datos importantes que han sido omitidos por el máximo intérprete de la ley.

La entrada en vigencia del régimen CAS otorgó derechos a los trabajadores que se encontraban bajo el régimen de los servicios no personales; sin embargo, ello no ha asegurado en su totalidad derechos laborales ni beneficios que les corresponde.

En algunos países existen regímenes laborales similares al nuestro con la diferencia que aquellos tratan de manera uniforme al personal contratado en el sector público sin que existan diversas modalidades de contratación en el sector público. Por otro lado, existen países que teniendo similar régimen laboral al nuestro han procurado en la medida de lo posible dotar casi de los mismos derechos como aquel que se encuentra bajo una relación laboral.

Los contratos administrativos de servicios vulneran el derecho de igualdad ante la ley, en el sentido que se trata de manera diferenciada a dos grupos de servidores que se encuentran en iguales condiciones de trabajo.

Existe discriminación laboral en los grupos de servidores pertenecientes al régimen de la contratación administrativa de servicios pues son tratados de manera diferenciada al tomar en cuenta criterios subjetivos por pertenecer a un grupo distinto, cuando en la realidad deberían pertenecer al ámbito laboral y no administrativo.

La sentencia que declara la constitucionalidad de los CAS, no se ha pronunciado sobre el fondo respecto al derecho de igualdad ni al principio de proporcionalidad o ponderación de la norma.

La Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, trae consigo beneficios y derechos que ha mejorado la calidad laboral de los servidores; sin embargo, esos derechos son otorgados a medias, puesto que aun no cuenta con una estabilidad laboral.

La norma precedente ha legalizado el despido arbitrario en el sentido que el empleador puede despedir sin causa alguna para lo cual será efectivo el pago de una indemnización correspondiente a tres meses. De manera que ahora se puede despedir cuantas veces lo vea necesario el trabajador pues al Estado solo le costará pagar tres meses de sueldo.

La derogación del cuestionado régimen provocaría una notable disminución económica por lo que la mejor solución sería la eliminación progresiva de la norma. Por lo que se debe tener en cuenta que no hace falta la creación de un nuevo régimen sino la eliminación progresiva de normas vulneradoras de derechos.

#### 4. OBJETIVOS

- Establecer cómo violenta el espíritu de los derechos constitucionales - laborales, el periodo de prueba laboral para servidores públicos.
- Identificar cuál es el objetivo del periodo de prueba laboral.
- Precisar porqué no debe cumplirse un periodo de prueba laboral, si se ha accedido a un puesto de trabajo mediante concurso público.
- Conocer porqué se ha eliminado la exoneración del periodo de prueba laboral, para quienes acceden a un puesto de trabajo mediante concurso público.

#### 5. HIPÓTESIS

##### **DADO QUE:**

Existe un elevado número de profesionales con la legítima aspiración de obtener una plaza de trabajo permanente en el sector público;

Que el ingreso a la administración pública se realiza a través de concurso público, y;

Que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales.

##### **ES PROBABLE QUE:**

Exista la necesidad de modificar el artículo 10<sup>o</sup> del D.S. N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) por vulnerar el derecho fundamental de igualdad y no discriminación de los trabajadores que pese a

haber obtenido una plaza mediante concurso público de méritos, deben someterse a periodo de prueba laboral.

### III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

#### 1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

##### 1.1. Técnicas

Para recabar información bibliográfica se empleará las técnicas de observación y revisión documental.

Para la información proporcionada por SERVIR respecto de las Estadísticas de empleo en la Función Pública y la Gerencia de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República respecto del Concurso Público de Méritos N° 001-2013-CG, se empleará la técnica de la estadística.

Para obtener datos de los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2014, se empleará la técnica de la encuesta.

##### 1.2. Instrumentos

Los instrumentos a emplear para la consulta documental serán fichas bibliográficas y documentales.

Los instrumentos a emplear para el análisis de los datos estadísticos proporcionados por SERVIR y la Contraloría General de la República, serán tablas y gráficos estadísticos.

Para el trabajo de campo, el instrumento utilizado para la encuesta a los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, será el cuestionario. Para el análisis de los datos se elaboraran tablas y gráficos estadísticos.

## CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS	ÍTEM
Concurso Público de Méritos	- Periodicidad de las convocatorias	Frecuencia Necesidad Oportunidad Régimen laboral	- Observación documental - Análisis de datos - Estadística	Ficha bibliográfica Ficha documental Concurso 001-2013-CG SERVIR	1- 2 1-2-3-4
	- Proceso de selección	Capacidades Habilidades Conocimientos	- Observación documental - Análisis de datos - Estadística	Ficha bibliográfica Ficha documental Concurso 001-2013-CG	3
	- Calificación académica	Nivel de preparación Capacitación Grados académicos Postgrados académicos	- Observación documental - Análisis de datos - Estadística	Ficha bibliográfica Ficha documental Concurso 001-2013-CG	3
Periodo de Prueba	- Atributos evaluados	Conocimientos Habilidades, Actitudes Concurso de méritos Responsabilidad Oportunidad Compromiso institucional Régimen Laboral Objetivo del periodo de prueba	- Observación documental - Análisis de datos - Encuesta	Ficha bibliográfica Ficha documental Cuestionario	1-3-4-6
	- Art. 44º del Decreto Legislativo 728	Exoneración de periodo de prueba a ingresantes por concurso público	- Observación documental - Análisis de datos - Encuesta	Ficha bibliográfica Ficha documental Cuestionario	8-5-7
	- Art. 10º del D.S. Nº 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo Nº 728)	Eliminación de exoneración del periodo de prueba Ampliación del periodo de prueba por capacitación	- Observación documental - Análisis de datos - Encuesta	Ficha bibliográfica Ficha documental Cuestionario	10
	- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Periodo de prueba, derechos fundamentales de igualdad y no discriminación	- Observación documental - Análisis de datos - Encuesta	Ficha bibliográfica Ficha documental Cuestionario	2-9

## FICHA BIBLIOGRÁFICA

<b>Nombre del Autor:</b>
<b>Título del Libro:</b>
<b>Editorial:</b>
<b>Lugar y Año:</b>
<b>Datos Adicionales Relevantes:</b>

## FICHA DOCUMENTAL

<b>Nombre del Autor:</b>
<b>Título del Libro:</b>
<b>Localización:</b>
<b>Indicador:</b>
<b>Cita o Comentario:</b>
<hr/>

## **2. CAMPO DE VERIFICACIÓN**

### **2.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL**

El ámbito espacial de la investigación se circunscribe a la ciudad de Arequipa; no obstante, que la investigación considera el análisis del Concurso Público de Méritos 001–2013–CG convocado por la Contraloría General de la República, mismo que se realizó a nivel nacional y la encuesta a los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2014.

### **2.2 UBICACIÓN TEMPORAL**

La presente investigación comprende el año 2013 en que la Contraloría General de la República realizó el Concurso Público de Méritos 001–2013–CG y la encuesta a los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2014.

### **2.3 UNIDADES DE ESTUDIO Y MUESTRA**

Las unidades de estudio se encuentran constituidas por las fuentes bibliográficas consultadas; la información proporcionada por SERVIR respecto de las Estadísticas de empleo en la Función Pública; el Concurso Público de Méritos 001–2013–CG; y la encuesta a los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2014.

Para el Concurso Público de Méritos 001–2013–CG el universo esta conformado por los ganadores del Concurso Público de Méritos 001–2013–CG, cuyo número asciende a 185, no se tomará muestra, se trabajará con el Universo, es decir con la totalidad de los ingresantes en el referido Concurso Público.

Para la encuesta a los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2014, el universo esta conformado por la totalidad de empleados que laboran en esta institución pública cuyo número asciende a 1,196 empleados. La muestra que se tomará para la aplicación del cuestionario será de 200 empleados, muestra que constituye el 16.72% del universo.

### **3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.1 ESTRATEGIA**

Para efectos de la recolección de datos de carácter documental, se consultará la bibliografía existente en la biblioteca personal de la autora, y las bibliotecas de las diferentes universidades locales, se realizará la consulta de normas legales, revistas, separatas, boletines, folletos, periódicos, y la consulta en línea vía Internet.

Así mismo se revisará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al tema de estudio; la información proporcionada por SERVIR respecto de las Estadísticas de empleo en la Función Pública; y la información respecto del Concurso Público de Méritos N° 001-2013-CG, proporcionada por la Gerencia de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República.

Para el trabajo de campo consistente en la encuesta a los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2014, se aplicará un cuestionario que consta de 10 preguntas cerradas dicotómicas y de elección múltiple.

La duración del estudio en su totalidad está prevista para 2

meses y la recolección de datos 1 mes aproximadamente.

### 3.2 MODO

La recolección de la información bibliográfica será efectuada por la investigadora con el apoyo de una colaboradora. Los datos que se obtengan, serán consignados en fichas bibliográficas y documentales.

La recolección se llevará a cabo en 4 etapas:

1. RECOLECCIÓN, en esta etapa, se recogerá la información cualitativa y cuantitativa requerida.
2. RECuento, la información recogida será sometida a revisión, clasificación y cómputo.
3. PRESENTACIÓN, se elaboran las tablas y los gráficos que permitan una inspección precisa y rápida de los datos.
4. ANÁLISIS, se procederá a la interpretación de los datos.

Para la ejecución del trabajo de campo, (Encuesta a los empleados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa 2014) se seguirán las siguientes acciones:

1. Obtención de la autorización correspondiente por parte del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.
2. Elaboración del instrumento (Cuestionario).
3. Validación del instrumento mediante una prueba piloto.
4. Recolección de los datos, mediante la aplicación del Cuestionario.
5. Procesamiento y sistematización de los resultados.
6. Análisis de los datos.

Toda la información documental y de campo recopilada, será

procesada y analizada para finalmente arribar a las respectivas conclusiones.

### 3.3 RECURSOS

#### 3.3.1 Recursos humanos

Investigadora : María Elena Córdova Salas

Asistente : Una estudiante de Derecho

Trascripción : Un digitador/diagramador

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO DIARIO	DÍAS	COSTO TOTAL
Asistente	1	20.00	120	2,400.00
Digitador/Diagramador	1	20.00	60	1,200.00
<b>TOTAL</b>	<b>3</b>	<b>40.00</b>		<b>3,600.00</b>

#### 3.3.2 Recursos materiales

Locación: Ambiente privado de trabajo personal.

Materiales: Papel, lapiceros, lápices, fichas, fotocopias.

Equipos: Computadora, notebook, scanner, impresora.

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	4,000	80.00
Papel Periódico	1,000	20.00
Lapiceros	12	50.00
Lápices	24	24.00
Fichas Bibliográficas	1,000	120.00
Fichas Documentales	1,000	120.00
Tinta para Impresora	05	500.00
Fotocopias	1,000	100.00
Anillados	10	100.00
Uso de Computadora	01	500.00
Uso de notebook	01	300.00
Uso de Internet	01	560.00
Movilidad	120	300.00
<b>TOTAL</b>		<b>2,774.00</b>

### 3.3.3 Recursos financieros

El trabajo de investigación será autofinanciado por la autora de la investigación.

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
RECURSOS HUMANOS	3,600.00
RECURSOS FÍSICOS	2,774.00
<b>TOTAL</b>	<b>6,374.00</b>

## 3.4 Criterios para el Manejo de Datos

### 3.4.1. Ordenamiento

Se utilizará una Matriz de Información para el registro de los datos de las fichas de observación.

### 3.4.2. Tratamiento de la información

La información será organizada de acuerdo a los indicadores y se utilizarán escalas nominales para luego proceder al análisis y apreciación crítica mediante el manejo de los valores relativos.

### 3.4.3. Tablas y gráficas

Considerando que la investigación es esencialmente documental se procederá al ordenamiento informático de acuerdo a los indicadores de la variable.

### 3.4.4. Estudio de la información

Para el análisis de la información se apelará a la

apreciación crítica de los datos recolectados.

### 3.4.5. Resultados

Conclusiones

Serán elaboradas en función de los objetivos del proyecto para luego proceder a la verificación de la hipótesis.

Sugerencias

Serán elaboradas prioritariamente considerando la profundización del tema de la tesis.

## IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES	MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Elaboración del proyecto	X	X	X	X												
2. Desarrollo del proyecto																
- Recolección de datos					X	X	X	X								
- Sistematización									X	X						
- Conclusiones y sugerencias											X	X				
3. Elaboración del informe													X	X	X	X

## V. BIBLIOGRAFÍA

AVILA BARAY, Hector Luis  
2006 **Introducción a la metodología de la investigación.** Chihuahua: s.e.

BRIONES, Guillermo  
2002 **Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales.** Bogotá: ARFO.

CARNEIRO, Miguel; CÉPEDA, Paola; TAVERA, Elizabeth y VELÁSQUEZ, Héctor  
2008 **Guía PUCP para el registro y el citado de fuentes documentales.** Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú / Dirección de Asuntos Académicos.

- CAZAU, Pablo  
2006 **Introducción a la investigación en ciencias sociales.** Tercera Edición. Buenos Aires: Rundinuskín.
- CHAVES GARCÍA José Ramón  
2009 **Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia.** Madrid: Reus.
- FERREIRA FERNÁNDEZ A. Xavier  
2002 **La provisión de puestos de trabajo en la administración general del Estado.** Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- GALLARDO DE PARADA, Yolanda y MORENO GARZÓN, Adonay  
1999 **Recolección de la información.** Santa Fe de Bogotá, D.C.: ARFO.
- GALLARDO DE PARADA, Yolanda y MORENO GARZÓN, Adonay  
1999 **Análisis de la información.** Santa Fe de Bogotá, D.C.: ARFO
- GÓLCHER, Ileana  
2003 **Escriba y sustente su tesis.** Sexta edición. Ciudad de Panamá: Letras Panamenas.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio y ORTEGA JIMÉNEZ, Alfonso  
2010 **Glosario jurídico básico.** Alicante: Club Universitario.
- MUÑOZ RAZO Carlos  
1998 **Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis.** Naucalpan de Juárez, Edo. de México: Prentice Hall Hispanoamericana.
- OSORIO, Manuel  
2008 **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Trigésimo sexta edición. Buenos Aires: Heliasta.
- PAREDES NÚÑEZ, Julio Ernesto  
2003 **Manual para la investigación científica** [material de enseñanza]. Cuarta Edición. Arequipa: Universidad Católica de Santa María / Escuela de Postgrado.
- 2011 **Manual para la formulación del proyecto de tesis** [material de enseñanza]. Cuarta Edición. Arequipa: Universidad Católica de Santa María / Escuela de Postgrado.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE  
2010 **Guía para la elaboración de citas y referencias bibliográficas en base a norma BAC.** Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile / Sistema de Bibliotecas (SIBUC).
- RIONDA RAMÍREZ Jorge Isauro  
2006 **Recomendaciones metodológicas para hacer una tesis o un estudio de caso.** Guanajuato: TECSISTECATL Revista Electrónica de Ciencias Sociales
- ROJAS C. Marcelo  
2002 **Manual de investigación y redacción científica.** Lima: Book Xpress

RODRÍGUEZ MORENO M.L. (coordinadora), M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.P. FIGUERA GAZO, S. RODRÍGUEZ ESPINAR.  
2009 **Estudios universitarios, proyecto profesional y mundo del trabajo: cómo tender puentes entre la universidad y la vida activa.** Barcelona: Publicacions I Edicions de la Universitat de Barcelona.

RUBIO Ángeles  
2008 **Ganarse el puesto y superar con éxito el periodo de prueba.** sl.: Ediciones Díaz de Santos.

SANDLER Héctor Raúl  
2003 **Cómo hacer una monografía en derecho.** Buenos Aires:Facultad de Derecho U.B.A

SANDOVAL CASILIMAS, Carlos A.  
2002 **Investigación cualitativa.** Bogotá: ARFO

SUMARI BUENDÍA, Jorge  
2000 **Materiales de metodología de la investigación.** Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín

2000 **Materiales de metodología del estudio.** Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
2005 **Revista sobre relaciones industriales y laborales N° 41.** Caracas: Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales / Departamento de Estudios Laborales.

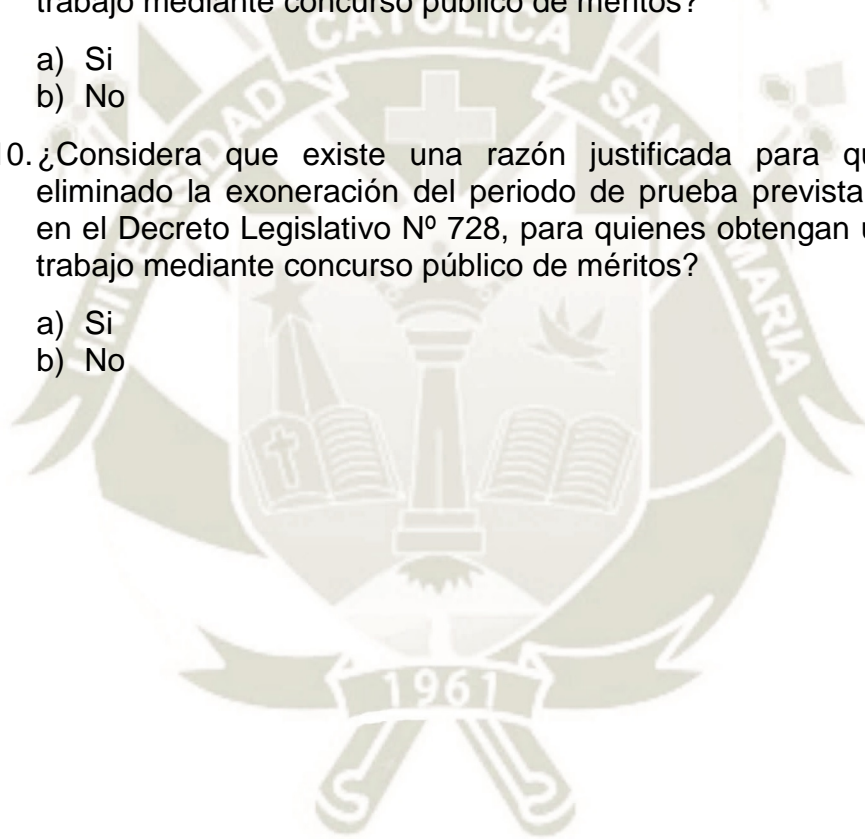
UNIVERSIDAD DE CHILE.  
2004 **Guía para la redacción de referencias bibliográficas.** Santiago: Sistema de Servicios de Información y Bibliotecas - SISIB

VÉLEZ S., Carlos Mario  
2005 **Apuntes de metodología de la investigación.** Medellín: Universidad EAFIT

## CUESTIONARIO

1. ¿Bajo que régimen laboral obtuvo su plaza de trabajo?
  - a) Decreto Legislativo N° 276
  - b) D.S. N° 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo N° 728)
  - c) Decreto Legislativo N° 1057 (CAS)
  - d) Otro régimen laboral
2. ¿Considera que el periodo de prueba laboral vulnera el derecho al trabajo en general?
  - a) Si
  - b) No
3. Básicamente ¿Cuál es el objetivo del periodo de prueba?
  - a) Que el trabajador evalúe las calidades y cualidades del empleador
  - b) Que tanto empleador como trabajador establezcan relaciones de amistad y compañerismo
  - c) Apreciar las aptitudes y destrezas que ostenta el trabajador para cubrir el puesto de trabajo.
  - d) Ninguna de las anteriores
4. ¿Considera acertado que la normatividad vigente establezca que todo trabajador debe acceder a la función pública mediante concurso público de méritos?
  - a) Si
  - b) No
5. ¿Considera que debe exonerarse del periodo de prueba laboral a quienes obtienen una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos?
  - a) Si
  - b) No
6. ¿Cuál es el objetivo del concurso público de méritos?
  - a) Valorar las cualidades de los aspirantes
  - b) Acreditar la calificación profesional de los aspirantes
  - c) Cubrir el puesto de trabajo con el más calificado
  - d) Todas las anteriores
7. ¿Le parece adecuado que una gran cantidad de empleados del sector público esté regido por el D.S. N° 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo N° 728) pese a que es una norma dada específicamente para regular el régimen laboral del sector privado?

- a) Si  
b) No
8. ¿Tiene conocimiento que los servidores públicos regidos por el Decreto Legislativo N° 276 están exonerados del periodo de prueba laboral?
- a) Si  
b) No
9. ¿Considera que se vulnera el derecho fundamental de igualdad, al establecer la exigencia de superar el periodo de prueba a los servidores públicos regidos por el D.S. N° 003-97-TR (TUO del Decreto Legislativo N° 728) pese a que han obtenido un puesto de trabajo mediante concurso público de méritos?
- a) Si  
b) No
10. ¿Considera que existe una razón justificada para que se haya eliminado la exoneración del periodo de prueba prevista inicialmente en el Decreto Legislativo N° 728, para quienes obtengan una plaza de trabajo mediante concurso público de méritos?
- a) Si  
b) No



**Proyecto de Ley N° 0000-2014-CR**



"LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 10° DEL D.S. N° 003-97-TR LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728)"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La Congresista que suscribe, MARÍA ELENA CÓRDOVA SALAS, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Estado y conforme lo establecen los artículos 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:

**PROYECTO DE LEY**

*El Congreso de la Republica*

*Ha dado la Ley siguiente:*

**"LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 10° DEL D.S. N° 003-97-TR LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL (TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728)"**

Artículo 1.- Modificación

Modifícase el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N° 728) el que queda redactado con el siguiente texto:

Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Están exonerados del período de prueba los trabajadores que ingresen por concurso público de méritos.

### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**Primera.-** Facúltase al Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo | MTPE a dictar las disposiciones que fueren necesarias para la aplicación de lo dispuesto en la presente Ley.

Lima, noviembre de 2014.