

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA
ESCUELA DE POST GRADO



DOCTORADO EN DERECHO

**“LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN
LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE
CONSTRUCCIÓN CIVIL, EN LOS GOBIERNOS
LOCALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS”**

Tesis presentada por el Magister
Rufo Isaac Rubio Zevallos
Para optar el Grado Académico de
Doctor en Derecho

AREQUIPA – PERU

2016

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	11
RESUMEN.....	14
SUMARY	16

TITULO I MARCO CONCEPTUAL

CAPITULO I		
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	19	
1.Noción		
1.1. Principios generales del derecho	19	
1.2. Principios del derecho del trabajo	20	
1.3. Los principios del derecho del trabajo en el Perú.....	22	
2. Principio de igualdad		23
2.1. Instrumentos internacionales aplicables en el ordenamiento jurídico del Perú.....	23	
2.2. De la normativa constitucional	24	
2.3. Análisis en el ámbito laboral	24	
3. Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales		28
4. Principio in dubio pro operario.....		30
5. Principio de primacía de la realidad		31

CAPITULO II

EL PRECEDENTE VINCULANTE, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, Y, LAS FUENTES JUDICIALES DEL DERECHO	34	
1. Interpretación constitucional		34
a. El principio de unidad de la Constitución.....	35	

b. El principio de concordancia práctica.....	35
c. El principio de corrección funcional.....	35
d. El principio de función integradora.....	35
e. El principio de fuerza normativa de la Constitución.....	36
2. El precedente vinculante.....	37
3. La doctrina constitucional	41
4. La jurisprudencia constitucional.....	42
5. Las fuentes judiciales del derecho	43
5.1. Noción	43
5.2. Fines	44
5.3. La indeterminación del derecho	45
5.4. Clases de Fuentes Judiciales.....	48
5.4.1. Pleno Casatorio.....	48
5.4.2. La Doctrina Jurisprudencial.....	48
5.4.3. Precedente Judicial	49
5.4.4. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	50
5.4.5. Los Plenos Jurisdiccionales	51
5.4.6. Conclusión.....	51

TITULO II

EL RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL EN LOS GOBIERNOS LOCALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL TRABAJADOR DE CONSTRUCCIÓN CIVIL.....	54
1. EL CONTRATO DE TRABAJO	54
1.1. Conceptos	54
1.2.Elementos del contrato de trabajo	55
1.2.1. De la prestación personal del servicio	55
1.2.2. De la remuneración.....	55

1.2.3. La subordinación	55
2. EL TRABAJADOR DE CONSTRUCCIÓN CIVIL.....	55
2.1 Conceptos	55
2.2. Actividades de la construcción incluidas en la Gran División 5 de la CIU	56
2.3. Características.....	67
2.4. Contrato de trabajo y condiciones de contratación de los trabajadores del régimen laboral especial de construcción civil.....	68
2.5. Categorías de los trabajadores en construcción civil.....	69
CAPITULO II	
EL DERECHO INTERNACIONAL RELACIONADO AL REGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL	70
1. El Jus Cogens laboral	70
2. Tratados Internacionales suscritos por el Perú	72
2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	72
2.2. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”	73
2.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	74
2.4. Convenios de la OIT ratificados por el Estado peruano.....	76
2.4.1. Aspectos Generales	76
2.4.2. Convenio Nro. 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina.....	77
2.4.3. El Convenio Nro. 62 de la OIT sobre las prescripciones de seguridad.....	82
2.4.4. El Convenio Nro. 111 sobre la discriminación	84
2.4.5. El Convenio Nro. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.....	86
2.4.6. El convenio Nro. 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva	87
3. Análisis conclusivo.....	91

CAPITULO III

REGIMEN LEGAL. ANÁLISIS JURÍDICO DE NORMAS EN CONFLICTO	92
1. Principales normas que caracterizan al Régimen Laboral de Construcción Civil.....	92
1.1. D.S. de 20 de enero de 1921, que regula las obligaciones que deben cumplir Los constructores para garantizar los derechos y beneficios de los obreros de construcción	92
1.2. D.S. de 02 de marzo de 1945, que efectúa la clasificación de los obreros de construcción civil en operarios, oficiales y peones	93
1.3. Resolución Suprema Nro. 27 D.T. de 15 de marzo de 1958	94
2. Algunos aspectos del sistema remunerativo y de beneficios sociales del trabajador de construcción civil.....	96
2.1. Análisis conclusivo.....	103
3. Principales normas en materia de seguridad social aplicables a los trabajadores del régimen de construcción civil	104
3.1. Seguro complementario por trabajo de riesgo	104
3.1.1. Análisis conclusivo.....	109
3.2. Jubilación de los trabajadores de Construcción Civil. Análisis jurídico	109
3.2.1. Jubilación de los trabajadores de construcción civil dentro del D. L. Nro. 19990 y D.S. Nro. 018-82-TR	110
3.2.2. Jubilación de los trabajadores de construcción civil con modificaciones del D.L. Nro. 25967.....	111
3.2.3. De los trabajadores comprendidos en la modalidad de jubilación prevista en el D.S. Nro. 018-82-TR y luego con la modificación contenida en el D.L. Nro. 25967	113
3.2.4. De los aportes para gozar pensión de jubilación los trabajadores de construcción civil, en el Sistema Nacional de Pensiones	116
Cuatro Resumen Nro. 1 Jubilación de los trabajadores de construcción civil dentro del SNP.....	118
3.2.5. Jubilación anticipada en el Sistema Privado de Pensiones, con tratamiento especial a los trabajadores de construcción civil.....	119
a. Régimen extraordinario.....	119
b. Régimen genérico.....	120

3.2.6. Análisis conclusivo de la jubilación de los trabajadores de construcción civil	122
Cuadro Resumen Nro. 2 Jubilación de trabajadores de construcción civil en el SPP..	124
4. Análisis jurídico de normas infra constitucionales en conflicto inmediato:	
D.S. Nro. 07-77-TR y Decreto Legislativo Nro.727	125
4.1. Decreto Supremo Nro. 07-77-TR. Análisis jurídico.....	125
4.2. Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción. Análisis jurídico	130
5. Regulación normativa en la ejecución de obras por administración directa por los gobiernos locales y otras entidades públicas	138
5.1. De las formas de ejecución de obras por las entidades públicas	138
5.2. Ejecución de obras por administración directa por Gobiernos Locales	139
5.3. Ejecución de obras por administración directa por Gobiernos Regionales	140
5.4. Ejecución de obras por administración directa por cualquier entidad pública	141
5.5. Ejecución de las obras publicas por administración directa. Resolución de Contraloría N° 195-88-GG de 18 de julio de 1988.....	141
5.6. Conclusión.....	142
6. Del régimen laboral de los obreros de las entidades públicas	142
7. Análisis conclusivo.....	146

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y EJECUTORIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA. ANÁLISIS JURÍDICO	147
1. Algunas nociones generales	147
1.1. Debido proceso y deber de motivación de las decisiones judiciales	147
1.2. De la justificación de las decisiones judiciales.....	148
1.2.1. Justificación interna.....	149
1.2.2. Justificación externa	149
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	150
2.1. Expediente Nro. 0325-2011-PA/TC. Análisis jurídico	151
2.2. Otras sentencias con fundamentos y pronunciamientos similares.....	156
3. Fuentes judiciales	159
3.1. Jurisprudencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte	

Suprema de Justicia de la República	159
3.1.1. Cas. Lab. Nro. 23-2012-Cusco	159
3.1.2. Otras sentencias con pronunciamientos similares	168
3.2. Ejecutorias de órganos jurisdiccionales ordinarios	169
3.2.1. Expediente Nro. 02089-2010-0-2402-SP-LA-01, Sala Especializada en lo Civil de Ucayali.....	169
3.2.2. Expediente Nro. 2005-130-SJT-CHIC, tramitado por ante el Segundo Juzgado Especializado Laboral de Chiclayo	173
3.2.3. Expediente Nro. 00012-2007-0-2801-JM-LA_02, Sala Mixta de Moquegua	175
3.2.4. Expediente Nro. 01655-2008-0-0401-JR-LA-03	185
3.2.5. Expediente Nro. 04547-2009-0-0401-Jr-LA-02.....	187
3.2.6. Expediente Nro. 0220-2010-0-0401-JR-LA-02	190
3.3. Pleno Jurisdiccional.....	202
3.3.1. Pleno Jurisdiccional Distrital de Arequipa en materia laboral 2012	202
3.3.2. Pleno Jurisdiccional Distrital de Moquegua en materia laboral de 2005	203
4. Análisis conclusivo.....	205
Cuadro Resumen Nro. 3 Criterios asumidos por el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria.....	207
Cuadro Resumen Nro. 4 Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional y la Judicatura ordinaria, según sus criterios.....	208
CAPITULO V	
DERECHO COMPARADO.....	209
1. Chile	209
2. Guatemala.....	209
3. Uruguay	211
4. Análisis conclusivo.....	212

CAPITULO VI

DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA POR ENTIDADES PÚBLICAS	213
1. Cuadro No.1 Municipalidad Provincial de Arequipa	215
2. Cuadro Nro.2 Gobierno Regional de Arequipa	216
3. Cuadro Nro.3 Gobierno Regional de Arequipa y Municipalidad Provincial de Arequipa	217
4. Cuadro Nro.4 Obras de construcción civil ejecutadas por administración directa por algunos gobiernos regionales	218
5. Cuadro Nro.5 Obras de construcción ejecutadas por administración directa por algunas municipalidades provinciales	222
6. Cuadro Nro.6 Algunos gobiernos Regionales y Municipalidades provinciales	225
7. Análisis conclusivo	226

TITULO III

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y EJECUTORIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y OTROS RELEVANTES. CONSECUENCIAS

CAPITULO ÚNICO

ANALISIS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS CRITERIOS ASUMIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA JUDICATURA ORDINARIA.....	229
1. Algunas nociones.....	230
1.1. El valor justicia.....	230
1.2. Contenido esencial del derecho a la pensión	231
1.3. El test de proporcionalidad	232
2. De la inaplicación del Régimen de Construcción Civil por los gobiernos locales, regionales y otras entidades públicas, amparado en que aquellas no están comprendidas en el Decreto Legislativo Nro. 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción	234
2.1. Análisis crítico	234

2.2. Consecuencias jurídicas del criterio	239
2.2.1. En el sistema jurídico	239
2.2.2. En el principio de igualdad	239
2.2.3. En el contenido esencial del derecho a la pensión.....	243
2.2.4. En el derecho de sindicación y de negociación colectiva.....	245
2.2.5. En el valor justicia	249
2.3 Análisis conclusivo en relación al criterio bajo comentario.....	250
3. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil por las municipalidades y otras entidades públicas, conforme al Decreto Legislativo Nro. 727	251
3.1. Análisis crítico.....	251
3.2. Consecuencias jurídicas del criterio	252
4. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil por los gobiernos locales y otras entidades del Estado, en obras de construcción con prescendencia de su valor.....	254
4.1. Análisis crítico.....	254
4.2. Consecuencias jurídicas del criterio	257
4.2.1. En el sistema jurídico	257
4.2.2. En el principio de igualdad.....	257
4.2.3. En el derecho a la pensión	258
4.2.4. En el derecho de sindicación y de negociación colectiva.....	259
4.2.5. En el valor justicia	260
Cuadro Resumen Nro. 5 De los principios y derechos fundamentales afectados por los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria.....	261
5. Consecuencia de la incertidumbre y de la deficiencia normativa en el principio de seguridad jurídica	262
5.1. Aspectos generales	262
5.2. Concepto.....	262
5.3. La seguridad jurídica como principio constitucional	263
5.4. Análisis con relación al Poder Legislativo	264
5.5. Análisis con relación al Poder Judicial	266
5.6. Análisis con relación al Tribunal Constitucional	268
CONCLUSIONES.....	270
SUGERENCIAS.....	273

PROPUESTA LEGISLATIVA.....	274
BIBLIOGRAFIA.....	277
WEBGRAFIA.....	285
ANEXOS.....	284
1.Proyecto de investigación.....	286





CON MUCHO AMOR:

**A MI MADRE VICTORIA ZEVALLOS DE RUBIO
Y A MI ABUELO MANUEL LIZANDRO RUBIO ANDIA**

AGRADECIMIENTO

**A todas las personas que me brindaron su apoyo
moral e intelectual, para la elaboración del
presente trabajo de investigación.**

INTRODUCCIÓN

Los obreros que realizan labor especial de construcción civil, se encuentran sujetos al Régimen Laboral de Construcción Civil, lo que conlleva a que tengan una normativa y convenios colectivos muy particulares; sin embargo, la incertidumbre está referida en cuanto a aquellos que laboran en las entidades públicas como Gobiernos Locales y otras, respecto de las cuales el Tribunal Constitucional ha señalado que no pueden contratar obreros sujetos al referido régimen, provocando interpretaciones diversas y absolutamente contrarias entre ellas.

El Tribunal Constitucional, interpretando el Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, como en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 3637-2010-PA/TC, resuelve en el sentido que los Municipios no se encuentran dentro del ámbito de aquella norma y que no pueden contratar trabajadores bajo el régimen de construcción civil, pues no son personas jurídicas que se dediquen a actividades de la construcción. El criterio señalado también comparte la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, como se desprende de la Casación Nro. 2250-2012-Tacna. Lo precisado, además es el sustento para que algunos jueces de la justicia ordinaria hayan asumido el mismo temperamento.

Otros jueces, estiman que el Decreto Legislativo Nro. 727 también es aplicable a los obreros que ejecutan obras de construcción, considerando que tales obras también buscan promover la construcción y en tal sentido, sostienen que las Municipalidades y otras entidades, SÍ pueden contratar obreros de construcción civil, pero solo en aquellos casos en que el monto de la obra supere las 50 UIT, de modo que si no supera tal costo, en aplicación del artículo 12 de la norma antes citada, registrarán sus contratos y remuneraciones, conforme al contrato o convenio colectivo que se celebre dentro del régimen común.

El tercer criterio, sostiene que en efecto SÍ pueden contratar obreros del régimen laboral de construcción civil las Municipalidades y entidades públicas en general, en cualquier obra de construcción que se encuentre como tal en el Clasificador Industrial Internacional de las Naciones Unidas –CIIU-, señalando como sustento el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, el principio de igualdad y que además, en efecto no es aplicable el Decreto Legislativo Nro. 727, al referirse sólo a la inversión privada.

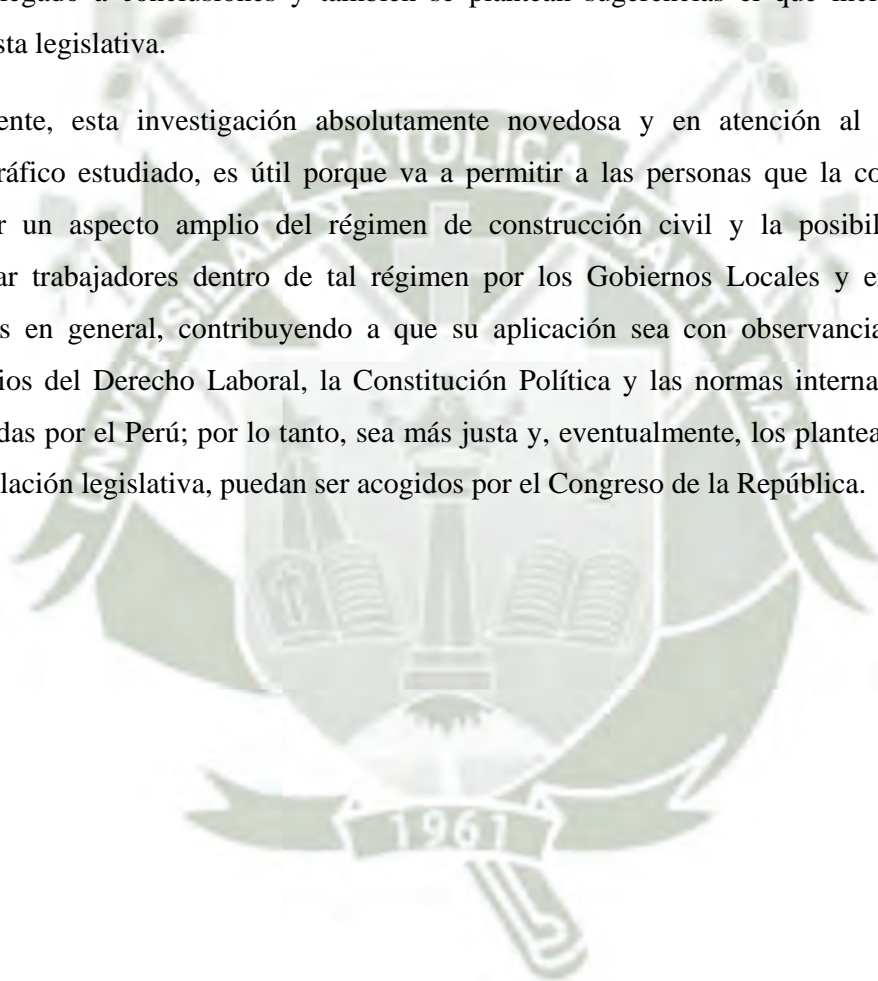
Ante la problemática aludida, es objetivo de la presente investigación, realizar un estudio sobre el Régimen Laboral de Construcción Civil y la factibilidad de contratación de trabajadores dentro de dicho régimen, por los Gobiernos Locales y entidades públicas, para la ejecución de obras de construcción por administración directa, respetando derechos fundamentales como el de igualdad, al contenido esencial de la pensión, de seguridad jurídica. Consecuentemente, es también un objetivo superior de la investigación, proponer un proyecto de ley que permita que los obreros de las obras de construcción ejecutadas directamente por las entidades públicas, tengan derechos y beneficios iguales a los obreros de construcción civil que prestan sus servicios para personas privadas.

Sólo en el Gobierno Regional de Arequipa y la Municipalidad Provincial de Arequipa y en el período 2011-2012, fueron contratados 11,700 trabajadores en la ejecución de obras de construcción civil por administración directa, ello sin considerar que también otros Gobiernos Regionales y Locales del país, materializan obras de construcción civil por administración directa. Siendo así, las repercusiones del problema, son sin duda en principio laborales; sin embargo, también lo son de legalidad en la actuación de las propias entidades públicas que materializan obras de construcción por administración directa. Lo señalado, denota la importancia y trascendencia del tema abordado.

El trabajo de investigación comprende tres Títulos; el Primero, alude al marco conceptual y tiene dos Capítulos, por lo que inicialmente se analizarán los Principios del Derecho del Trabajo como el de igualdad, in dubio pro operario, irrenunciabilidad de derechos y primacía de la realidad; en el Capítulo II, se analizará el precedente vinculante, la doctrina, la jurisprudencia constitucional y las fuentes judiciales del derecho. El Título Segundo, está referido al Régimen Laboral de Construcción Civil en los Gobiernos Locales y otras entidades públicas, comprendiendo cuatro capítulos; en el primero se aludirá a las nociones generales del contrato de trabajo y el trabajador de construcción civil; en el Capítulo II se analizará, el derecho internacional relacionado al régimen laboral de construcción civil, como los Tratados Internacionales, Convenios de la OIT ratificados por el Perú, entre otros; el Capítulo III está referido al análisis del marco legal ordinario que regula el régimen laboral de construcción civil y otras normas vinculadas al tema de investigación; el Capítulo IV, está circunscrito a efectuar el análisis correspondiente de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, de las fuentes judiciales y ejecutorias de la justicia ordinaria, así como de un Pleno

Jurisdiccional Laboral; el Capítulo V, se ocupa del derecho comparado. El Capítulo VI analiza el tema de la ejecución de obras de construcción por administración directa por entidades públicas. El Título III está referido a analizar los criterios de la jurisprudencia constitucional y ejecutorias de la justicia ordinaria, a la luz de los principios del derecho del trabajo y otros aspectos relevantes, así como sus consecuencias; siendo así, se aborda el mismo en Capítulo Único con el análisis respectivo de cada uno de los criterios y las consecuencias que se presentan en diversos supuestos, como en el caso de la inaplicación del régimen de construcción civil por las entidades públicas. Finalmente, se ha llegado a conclusiones y también se plantean sugerencias el que incluye una propuesta legislativa.

Finalmente, esta investigación absolutamente novedosa y en atención al material bibliográfico estudiado, es útil porque va a permitir a las personas que la consulten, conocer un aspecto amplio del régimen de construcción civil y la posibilidad de contratar trabajadores dentro de tal régimen por los Gobiernos Locales y entidades públicas en general, contribuyendo a que su aplicación sea con observancia de los Principios del Derecho Laboral, la Constitución Política y las normas internacionales ratificadas por el Perú; por lo tanto, sea más justa y, eventualmente, los planteamientos de regulación legislativa, puedan ser acogidos por el Congreso de la República.



RESUMEN

En el Perú, los obreros que realizan labor específica de construcción civil, se encuentran sujetos al Régimen Laboral Especial de Construcción Civil, dentro del régimen laboral de la actividad privada, lo que conlleva a que tengan una normativa y convenios colectivos muy particulares; sin embargo, la incertidumbre jurídica y jurisdiccional está referida en cuanto a aquellos que laboran en obras de construcción civil, ejecutadas directamente por las entidades públicas como Gobiernos Locales y otras, respecto de las cuales existen interpretaciones diversas y absolutamente contrarias entre ellas; esto es, si deben ser contratados dentro del régimen especial de construcción civil y en aplicación de que normas o, dentro del régimen laboral común de la actividad privada. Esta controversia, es el fondo del contenido de la investigación.

La investigación según la metodología utilizada, tiene una finalidad aplicada, por el tiempo es longitudinal, por el nivel de profundización es descriptiva y explicativa y por el ámbito que comprende es documental. Para la obtención de información, se ha utilizado fuentes primarias, como obtener información de algunas entidades públicas respecto del número de trabajadores de construcción civil que han contratado para la ejecución de obras de construcción, entre otras; también fuentes secundarias en consulta de documentos diversos.

Parte de la dificultad ha sido obtener información respecto del número de trabajadores de construcción civil en la ejecución de obras de construcción efectuadas por entidades públicas, ello para graficar la realidad y trascendencia del tema; con tal objeto, en uso de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley Nro. 27806, se solicitó que la Municipalidad Provincial de Arequipa así como el Gobierno Regional de Arequipa, me entregaran información respecto de las obras de construcción que han ejecutado directamente, así como respecto del número de trabajadores de construcción civil que han contratado para materializar tales obras, la que en un primer momento fue entregada solo parcialmente, pero luego de pedidos adicionales se logró contar con tal valiosa información, después de aproximadamente un año.

En cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la información obtenida es fruto de un minucioso y prolongado trabajo de recopilación, análisis y estudio de sus decisiones que se publican en su página web, así como de las que se publican en el diario oficial El Peruano, particularmente en el caso de las Casaciones. Finalmente, en cuanto a las sentencias de diversos órganos jurisdiccionales, se pidió la colaboración de Jueces integrantes de diversas Cortes de Justicia que conocen materia laboral, a efecto de obtener los criterios que se tienen en tales Cortes, todo lo que ha conllevado un seguimiento prolongado pero valioso para alcanzar el cometido.

Aquella investigación, nos ha permitido arribar a importantes conclusiones y particularmente, señalar que se ha comprobado a plenitud la Hipótesis planteada en el Proyecto de Investigación, como las siguientes: que la regulación legal sobre la materia, es deficiente e incompleta; que las entidades públicas sí ejecutan obras de construcción civil por administración directa y en tal sentido contratan varios miles de obreros; que existen criterios diversos por los operadores de justicia, en relación así las entidades públicas pueden contratar obreros en obras de construcción dentro del régimen laboral de construcción civil, lo que afecta principios fundamentales como el de igualdad, al contenido esencial del derecho a la pensión; limita también el derecho de sindicación y de negociación colectiva de aquellos trabajadores; afecta a los Convenios y Tratados Internacionales que el Perú ha ratificado y que están referidos especialmente a los derechos antes aludidos; así también, afectan gravemente el principio de seguridad jurídica y el de legalidad.

La hipótesis así comprobada, ciertamente enriquecida fruto de la investigación, así como las conclusiones arribadas, a su vez nos han permitido poner a consideración algunas sugerencias y propuesta legislativa, que consideramos importante para cambiar radicalmente la situación de injusticia y además conflictiva que hoy persiste, regulando el tema acorde a los principios del derecho del trabajo.

SUMMARY

In Peru, workers who perform specific work in civil construction, are subject to the special labor regime of Civil Construction, within the labor regime of the private activity, which entails to have a very particular rules and collective agreements; however, the legal and jurisdictional uncertainty is referred to those who work in civil construction , directly executed by public entities such as local governments and others, for which there are several interpretations and absolutely contrary among them; this is, whether they should be hired within the special scheme for civil construction and application of what rules or , in the common labor regime of private activity. This controversy is the background of the research content.

The research according to the methodology used, has a purpose applied, for time is longitudinal, the level of deepening is descriptive and explicative and the area comprising is documentary. To obtain information, it has been used primary sources, such as information of some public entities regarding the number of construction workers who have been contracted for the execution of construction works, among others; also secondary sources in consultation of various documents

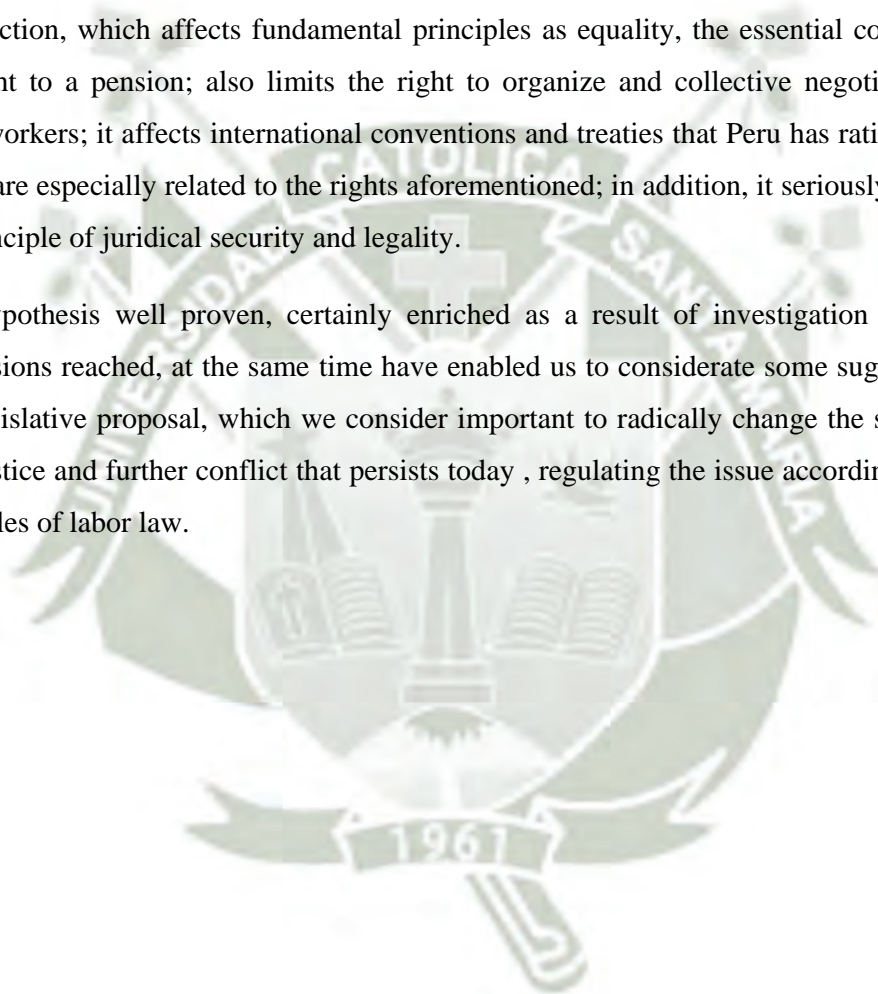
Part of the difficulty has been to obtain information about the number of construction workers in the execution of construction works carried out by public entities, this to show the reality and transcendence of the subject; to that end, in use of the Law of Transparency and Access to Public Information, Law No. 27806, it was requested that the Provincial Municipality of Arequipa and the Regional Government of Arequipa, handed me information regarding construction works that have been executed directly and also about the number of construction workers who have been contracted to perform such works , which at first was given only partially , but after additional orders it was achieved to have such valuable information, after about a year.

In respect of the judgments of the Constitutional Court and the Constitutional and Social Chamber of the Supreme Court, the information obtained is the result of a detailed and prolonged work of collection, analysis and study of their decisions posted on its website, as well as those published in the official daily El Peruano, particularly in the case of cassations. Finally, Respect to the judgments of various jurisdictional bodies , it was asked the collaboration of members judges of various justice courts who know

labor, in order to obtain the criteria in such courts, all that have involved to a prolonged follow-up but valuable to achieve the task .

That research has enabled us to reach important conclusions and particularly point out that the hypothesis presented has been fully proven in the research project, such as: the legal regulation on the matter is poor and incomplete; public entities executed civil construction works by direct administration and in that sense they employ several thousand workers; that there are several criteria for justice operators in relation, so public entities can hire workers on construction within the labor regime of civil construction, which affects fundamental principles as equality, the essential content of the right to a pension; also limits the right to organize and collective negotiation of those workers; it affects international conventions and treaties that Peru has ratified and which are especially related to the rights aforementioned; in addition, it seriously affects the principle of juridical security and legality.

The hypothesis well proven, certainly enriched as a result of investigation and the conclusions reached, at the same time have enabled us to considerate some suggestions and legislative proposal, which we consider important to radically change the situation of injustice and further conflict that persists today , regulating the issue according to the principles of labor law.





CAPITULO I

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. NOCIÓN

1.1. Principios generales del derecho

En relación a los Principios Generales del Derecho, señala COVIELLO que *“Los Principios Generales del Derecho son los fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción se deben deducir exclusivamente. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de Derecho Romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tiene valor no porque son puramente racionales, éticos o de Derecho Romano o científico, sino porque han formado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente”*¹.

El Tribunal Constitucional², en relación a los principios generales del derecho, señala, *“Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontológico que, por tales, constituyen parte del núcleo central del sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquel, están a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico”*. En el Fundamento 43 de la misma sentencia señala, *“Los principios generales, en relación a las normas y a los valores, han adquirido gran importancia para la interpretación jurídica, además de su indispensable aplicación para fines de integración jurídica. En ese contexto, un sector importante de la doctrina considera que los principios generales también pueden ser considerados como normas, aun cuando en algunos casos los principios no sean expresos. Hay casos en que los principios adoptan expresamente la estructura jurídica de normas; por ejemplo, cuando el principio es incorporado a la disposición o texto normativo.”*

¹ COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil, traducción española, México, 1938, p. 96

² www.tc.gob.pe. EXP. Nro. 0047-2004-AI Fundamentos 40, 43.

El Tribunal Constitucional también en la misma sentencia y fundamento 43, señala, en relación los principios constitucionales, que “*son instituciones con proyección normativa de las cuales se extraen reglas jurídicas y que han de deducirse de las reglas*”. Este tipo de principios, obviamente tienen un peso particularmente relevante, por cuanto su proyección normativa hace que de ellos deriven reglas jurídicas concretas, explícitas.

No podemos dejar de mencionar entonces cuales son las funciones de los principios y señalaremos como precisa De Castro³, “*que cumplen una triple función:*

a) Informadora, por cuanto inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico.

b) Normativa, ya que actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de la ley. Son medios de integrar el derecho.

c) Interpretadora, al operar como criterio orientador del Juez o del intérprete.”

De lo señalado precedentemente, podemos inferir la gran importancia que tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los principios generales del derecho y por cierto los principios constitucionales. Al Congresista le coadyuva a materializar su labor legislativa, dentro de un marco de respeto de principios que iluminan el derecho; en la labor del Juez coadyuva a una adecuada interpretación jurídica y de ser el caso de la integración jurídica correspondiente para resolver los casos concretos; así mismo, coadyuva en la investigación que realizan los estudiosos del derecho.

1.2. Principios del derecho del trabajo

Alonso García⁴ en relación a los principios del Derecho de Trabajo señala, “*Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho*”.

Américo Plá Rodríguez, sobre los principios del Derecho de Trabajo señala, “*que son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico-laboral*”; también

³ De Castro. Federico. Derecho Civil de España. Madrid, 1949, 2da. Edición. T.I, pp. 419-420

⁴ ALONSO GARCIA, Manuel. Derecho del Trabajo. Barcelona 1960, T. I, p. 247

decía, “que son las líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones, y sirven en diversas fases de la vida normativa.”

Por su parte Neves Mujica⁵ señala, “para la producción de las normas, momento en el que debe acudirse al carácter protector del Derecho de Trabajo; para su interpretación, actividad en la cual el principio apropiado es el *In dubio pro operario*; para su aplicación, oportunidad en la que resolvemos un conflicto, mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas, a través de la condición más beneficiosa; y para su sustitución, supuesto en el cual acudimos a los métodos de integración”.

El Tribunal Constitucional⁶ en relación a los principios laborales constitucionales nos dice: “Denominase como tales, a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas. La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente”. Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma. Al respecto, el artículo 26 de la Constitución expresa una pluralidad de principios de dicha naturaleza”.

Entonces, en cuanto a los Principios del Derecho del Trabajo, ciertamente constituyen la piedra angular en el estudio, interpretación y aplicación del Derecho del Trabajo; de ahí su enorme trascendencia.

En relación a la noción respecto de los principios del derecho de trabajo, Plá Rodríguez⁷ cree útil “recalcar tres elementos que integran la noción expuesta:

a) Son enunciados básicos que contemplan, abarcan, comprenden una serie indefinida de situaciones. Un principio es algo más general que una norma porque sirve para

⁵ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2003. p. 101

⁶ www.tc.gob.pe. STC NRO. 008-2005-AI/TC. Fundamento 20.

⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 14-16

inspirarla, para entenderla, para suplirla. Y cumple esa misión respecto de un número indeterminado de normas. (...).

b) Por ser propios del derecho del trabajo son distintos de los que existen en otras ramas del derecho. Sirven para justificar su autonomía y su peculiaridad. Por eso, tiene que ser especiales, diferentes de los que rigen en otras zonas del derecho. (...)

c) Todos los principios deben tener alguna conexión, ilación o armonía entre sí, ya que en su totalidad perfilan la fisonomía característica de una rama autónoma del derecho que debe tener su unidad y su cohesión internas. (...).

Los elementos señalados, nos da una perspectiva mucho más amplia, pero al mismo tiempo más precisa, respecto de los principios del derecho del trabajo, por cuanto permite abarcar muchos supuestos; en segundo lugar, fija parámetros de su autonomía y de la propia identidad del derecho del trabajo; en tercer lugar, asume un rol de puente comunicante armonioso.

1.3. Los principios del derecho del trabajo en el Perú

En el Perú tienen vida varios principios al ser consagrados en la Constitución Política del Estado y también, los de reconocimiento casi universal en el mundo del derecho del trabajo. En efecto, explícitamente el artículo 26 de la Carta Magna consagra el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación; el de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; el in dubio pro operario en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. El principio de igualdad que recoge el artículo 2 numeral 2, es indudablemente uno que en los últimos años ha tenido un enorme desarrollo en el mundo del derecho del trabajo, más allá claro está, que es un atributo y un derecho fundamental de la persona.

En cuanto al derecho colectivo de trabajo, tenemos principios como el de la libertad sindical, la autonomía colectiva que recoge el artículo 28 de la Carta Magna, así como los Convenios OIT Nro. 87 y Nro. 98.

Hay otros principios que no se encuentran explícitamente consignados en la Carta Magna, pero que sin embargo se tienen en consideración y aplican, como lo es el principio de primacía de la realidad, el de favorabilidad, de continuidad.

La Ley Nro. 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo, que está entrando en vigencia de manera progresiva en diversos Distritos Judiciales del Perú y que a la fecha ya lo son más de 20, en el artículo IV del Título Preliminar, establece: *“Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.”*.

Lo señalado, en relación a los principios, nos reitera no solo de su vigencia sino además, de su obligatoria aplicación bajo responsabilidad, lo que ciertamente merecería un análisis particular, aunque claro, tal aspecto, no es objeto de estudio de la presente investigación, pero que sin duda en algún momento entra en conflicto con el principio de independencia judicial, que ha decir del propio Tribunal Constitucional⁸, *“(…) debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional”*.

A continuación revisaremos los principios del derecho del trabajo que tienen particular relevancia con el tema de la presente investigación y que son el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, in dubio pro operario, primacía de la realidad y principio de igualdad.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD

2.1. Instrumentos internacionales aplicables en el ordenamiento jurídico del Perú

a) Declaración Universal de Derechos Humanos⁹. El artículo 7 establece, *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*. Evidentemente se

⁸ www.tc.gob.pe STC NRO. 0023-2003-AI/TC Fundamento 28

⁹ Se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mediante Resolución Legislativa Nro. 13282 del 9 de diciembre de 1959.

consagra el derecho de igualdad ante la ley y el rechazo de cualquier forma de discriminación que infrinja aquella Declaración.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, en su artículo 26 establece: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Ciertamente aquí se reitera el contenido sobre el particular que antes señaló la Declaración Universal de Derechos Humanos.

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹, establece en su artículo 24: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

Entre otras normas internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, se tiene que existe un claro reconocimiento del derecho de igualdad y de rechazar toda forma de discriminación.

2.2. De la normativa constitucional

En nuestra vigente Carta Magna, encontramos varios artículos que aluden directamente a la igualdad, así tenemos:

a) Artículo 2.2, que establece: *“Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”*.

b) Artículo 26.1, que establece: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: Igualdad de oportunidades sin discriminación”*.

¹⁰ Se aprueba mediante Decreto Ley Nro. 22128 del 28 de marzo de 1978, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹¹ Se aprueba mediante Decreto Ley Nro. 22231 del 11 de julio de 1978, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.3. Análisis en el ámbito laboral

El Tribunal Constitucional¹² conceptúa al principio de igualdad de la siguiente manera: *“la cláusula de igualdad, del inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, no contiene un mandato de trato igual a todos, no importando las circunstancias en las que se encuentren, sino una exigencia de trato igualitario si se encuentra en una situación análoga, y de trato desigualitario si no se está en igualdad de condiciones. Detrás de esta última exigencia –también se ha dicho-, para que un trato diferenciado no resulte lesivo de la cláusula de igualdad es preciso que este se sustente en razones objetivas y razonables, quedando proscrito, por tanto, cualquier tratamiento diferenciado que solo se sustente en razones subjetivas, como el sexo de una persona, su raza, opción política, religiosa, idioma, origen, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (...)”*. Siendo así, lo que se consagra es el trato igual para los iguales y el trato diferenciado para los desiguales.

Conforme precisa Quispe Chávez¹³, *“En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como en un amplio sector de la doctrina, existe una concepción unitaria en el sentido de identificar al derecho fundamental de no discriminar como una manifestación del derecho a la igualdad. Ello tiene como antecedente, como bien anota Del Carpio Torres, la regulación conjunta de ambos derechos fundamentales en nuestra Constitución, siguiendo la tradición española e italiana, lo que se observa en los artículos 2.2 y 26 inciso 1) de la Carta Magna:*

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

2.2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole (...)”.

“Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

Igualdad de oportunidades sin discriminación. (...)”.

Particularmente, no creemos que exista una identidad entre ambos conceptos, siendo la igualdad y discriminación figuras distintas. Así, el derecho a no ser discriminado es un concepto autónomo y se relaciona con la sanción del trato desigual que tiene como motivo o razón prohibida la afectación de la dignidad de la persona humana de determinados grupos sociales segregados y tiene una vocación progresiva que permite

¹² www.tc.gob.pe STC NRO. 3360-2004-AA/TC, de 30-11-2005, Fundamento 14.

¹³ QUISPÉ CHAVEZ, Gustavo Francisco. SOLUCIONES LABORALES. GUIA OPERATIVA 1, Gaceta Jurídica S.A., Lima 2010, pp. 10.

la inclusión de nuevos supuestos en la medida que aparezcan nuevos grupos que merezcan la protección de su dignidad humana (por ejemplo, los portadores de VIH). En cambio, el derecho a la igualdad tiene una connotación de derecho no autónomo, uno relacional, requiriendo necesariamente vincularse a otro derecho para configurarse materialmente: “funciona en la medida que se encuentra conectado o ligado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales”.

De lo precisado, se puede deducir que el derecho a la igualdad es uno abstracto que requiere estar entrelazado con otro derecho, por ejemplo derecho a la igualdad en la seguridad social, en las remuneraciones, entre otros supuestos; en cambio la discriminación, ya está entrelazado con determinados actos que afectan la dignidad de la persona y que nuestra Carta Magna precisa, como la prohibición de discriminación por razón de sexo, entre otros supuestos.

En cuanto a la aplicación en el ámbito de los regímenes laborales privado y público, ciertamente la distinción es importante. Así, Neves Mujica¹⁴, señala: *“Según el carácter público o privado del sujeto obligado a no procurar esa disparidad en el trato, se distingue la igualdad ante la ley y la igualdad de trato, respectivamente. La primera vincula al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Así, por ejemplo, tanto al producirse como al aplicarse la ley, debe respetarse el principio.*

Esta manifestación de la igualdad está recogida por nuestra Constitución en el artículo 2.2. Y algunas expresiones concretas de ella, también cuentan con recepción normativa: por ejemplo, la prohibición del Poder Legislativo de expedir leyes especiales por la diferencia de las personas, restringiéndolas a los casos en que la naturaleza de las cosas así lo exija (artículo 103 de la Constitución); y al Poder Judicial –aquí con más matices- de apartarse del precedente que hubiera establecido, salvo la debida fundamentación (entre otros, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).”

En cuanto a la igualdad de trato, continuando con lo que señala Neves Mujica en la cita antes indicada, *“vincula a la autonomía privada en sus diversas exteriorizaciones, normativas o no normativas. Quedan comprendidas las decisiones unilaterales del*

¹⁴ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2003. p. 108.

empleador (no contratar o no promover o sancionar a un trabajador), de la organización sindical (no admitir, impedir la participación o separar a un afiliado), o de la autonomía colectiva (excluir de los alcances de un convenio colectivo o conferir ventajas mayores a unos trabajadores), ejemplos que quedarían proscritos si se hubieran adoptado arbitrariamente.”

La igualdad de oportunidades a que alude el artículo 26 inciso 1 de la Carta Magna, está referido a otros aspectos y que según Neves Mujica¹⁵, *“se pretende verificar si en los hechos los diversos grupos tienen las mismas oportunidades para disfrutar de los beneficios o no. Si se llega a una respuesta negativa, se puede llevar a cabo una política de igualación efectiva en favor de los colectivos disminuidos. Son las llamadas acciones positivas.”*

El Tribunal Constitucional¹⁶ señala, *“La igualdad de oportunidades -en estricto, igualdad de trato- obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. La igualdad ante la ley obliga a que el Estado (en relación con las actividades laborales) asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia”*. El Tribunal iguala las obligaciones del empleador privado y del Estado, en cuanto a la igualdad de trato.

En cuanto a los requisitos de la igualdad de oportunidades laborales, el Tribunal Constitucional¹⁷, señala lo siguiente: *“se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación ínter subjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato”*.

¹⁵ Ob. cit. p. 112.

¹⁶ www.tc.gob.pe. STC. Nro. 0008-2005-AI/TC, Fundamento 23.

¹⁷ www.tc.gob.pe. STC. Nro. 2510-2002-AA/TC, Fundamento 2.

En el ámbito del Sector Privado, lo claro es que resulta de aplicación el principio de no discriminación, mas no el principio de igualdad en toda su extensión, por cuanto podría eliminar la autonomía privada y la libertad personal del empleador, así por ejemplo, libremente puede contratar un trabajador sin que medie concurso público. En el caso de que el empleador sea el Estado, la situación cambia toda vez que la Administración está obligada a seleccionar y promover no solo “lo mejor”, sino que lo debe hacer con criterios objetivos, por concurso público y así evitar actos arbitrarios. Por tanto, se estima que la Administración Pública, en tanto empleador, tiene que aplicar parámetros objetivos de selección de personal, sustentados en el derecho a la igualdad.

En esa línea, desde nuestra perspectiva, a través del principio de igualdad en el régimen de construcción civil, debiera existir un tratamiento igualitario, por el empleador privado y por el empleador entidad pública, debiéndose excluir cualquier margen o espacio de trato diferenciado solo por el hecho de ser el empleador una entidad pública, cuando se trata del desarrollo de una misma actividad, como es el de la construcción civil, que comparten el riesgo, la temporalidad de la actividad y el mayor desgaste físico del trabajador. Por ejemplo, el obrero de construcción civil puede adquirir una enfermedad profesional no importando si el empleador es un privado o una entidad pública, la consecuencia es la misma y por tanto, la protección también debiera ser la misma, esto es, pagar el seguro complementario por trabajo de riesgo.

3. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES

Américo Plá Rodríguez, señala que la noción de irrenunciabilidad se puede expresar en la siguiente forma “*la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho laboral en beneficio propio*”¹⁸.

Por su parte, Neves Mujica precisa, “*pues bien, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con invalidez la transgresión de esta regla*”¹⁹.

¹⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 118.

¹⁹ Ob. Cit. p. 103

Alonso OLEA²⁰, nos dice, “*el principio de irrenunciabilidad, junto con el de invalidez de la exclusión de ley, ha sido ya aludido en la medida en que sobre él reposa el principio de norma mínima y explica el porqué de la aplicación de la más favorable para el trabajador. Pero su consideración estricta pertenece al estudio de la relación entre norma y pacto individual, que seguida y brevemente se hace*”.

Nuestra Carta Magna, lo ha consagrado en el artículo 26° inciso 2, señalando que en la relación laboral se respeta, entre otros, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

El Tribunal Constitucional²¹ sobre el referido principio señala: “*24. Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18]. (...).*

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.”

En consecuencia, el Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales se encuentra no solamente reconocido por la doctrina sino que, en el caso peruano, ha sido elevado a precepto constitucional. La controversia está en relación a determinar cuáles son derechos indisponibles y cuáles disponibles; así por ejemplo, los sustentados en un convenio colectivo y otros supuestos; sin embargo, lo importante para el caso, es que resultan irrenunciables por el titular del derecho, aquellos taxativos, aquellos indisponibles, que se encuentran reconocidos en las normas precisadas.

²⁰ ALONSO OLEA, Manuel y CASA BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. Civitas Ediciones, S.L. Decimonovena Edición, Madrid 2001. p. 967

²¹ www.tc.gob.pe. STC. Nro. 0008-2005-AI/TC, Fundamento 24

4. PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO

Previamente se debe señalar que la doctrina mayoritariamente acepta que la regla del in dubio pro operario es una de las formas de expresión del principio protector, teniendo este último como objeto amparar preferentemente a la parte débil de la relación laboral, el trabajador.

El maestro uruguayo Plá Rodríguez, sostiene que la regla del in dubio pro operario, “*es el criterio según el cual, en caso que una norma se pueda entender de varias maneras, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador*”²².

En esta línea Javier Arévalo Vela y Oxal Avalos Jara, sostienen “*que de acuerdo a la regla del in dubio pro operario, el Juez o intérprete, ante varios sentidos de una norma, debe elegir aquel que resulte más favorable al trabajador, sea extendiendo un beneficio o restringiendo un perjuicio*”²³.

Javier Neves Mujica, nos dice, que “*el principio de in dubio pro operario enuncia que si una norma permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable al trabajador. Tiene sus equivalentes en otras áreas del derecho imbuidas del mismo espíritu: in dubio pro reo, en el Derecho Penal, contra stipulatorem, como excepción en el Derecho Civil, interpretación a favor del consumidor y fundamentalmente, in dubio pro hominis, que lleva a preferir el sentido más ventajoso a un derecho a la persona y que podría subsumir a los anteriores*”²⁴.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente Nro. 008-2005-PI/TC, sobre el principio In dubio Pro Operario, considera que: “*21. Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano in dubio pro reo. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado*”. Agrega al respecto el máximo intérprete de la constitución que: “*La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser*

²² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires. Año 1998. pp. 84-85.

²³ AREVALO VELA, Javier y AVALOS JARA, OXAL. Causas y Efectos de la Extinción del Contrato de Trabajo. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley Año 2007. p. 17.

²⁴ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2003. p. 120.

resuelta por medio de la técnica hermenéutica. El principio in dubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de “norma” abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.”. Por último, concluye sobre la aplicación del principio in dubio pro operario que: “El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes: - Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. - Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. - Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador. - Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador”.

En nuestra Carta Magna, este principio se encuentra recogido en el artículo 26° inciso 3°, señalando que en la relación laboral se respeta, entre otros, el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

De lo precisado se concluye que el principio del in dubio pro operario sólo es para el supuesto de duda insalvable en la interpretación de una norma, mas no resulta aplicable para el caso de duda en la acreditación de hechos. Por otro lado, para aplicar el referido principio, es necesario agotar los sistemas de interpretación reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y no antes, precisamente porque el supuesto es que se trate de duda insalvable, como última ratio para resolver la indeterminación del derecho.

5. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

El principio de primacía de la realidad, es uno de los principios del derecho del trabajo más difundidos y aplicados por los órganos jurisdiccionales, y que si bien no ha sido constitucionalizado como si ocurre con los principios de igualdad, in dubio pro operarios e irrenunciabilidad de derechos; sin embargo, éste forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de manera implícita y se impone debido al carácter tuitivo de nuestra Constitución Política del Estado, entendiéndolo así el Tribunal Constitucional

en la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 0991-2000-AA/TC Fundamento 3 el cual señala: “(...) *El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho., base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.*”.

Sin embargo, dicho principio ha sido regulado en una norma laboral de carácter especial, específicamente en la Ley General de Inspección del Trabajo que señala, “2. *Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados*”²⁵.

Américo Plá Rodríguez sostiene, que “*el principio de primacía de la realidad significa que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, deba darse preferencia a lo primero, es decir, lo que ocurre en el terreno de los hechos*”²⁶, siendo recogida tal apreciación por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 3 de la Sentencia expedida en el Expediente Nro. 1944-2002-AA/TC según lo siguiente: “(...) *en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos*”.

Javier Neves Mujica manifiesta que, “*ante cualquier situación en que se produzca una discordia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello. Continúa señalando que un clásico aforismo del Derecho Civil anuncia que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determinan*”²⁷.

También, el mencionado autor, refiere que el principio de primacía de la realidad operaría en situaciones como las siguientes: “*si las partes fingen la celebración de un*

²⁵ Artículo 2° numeral 2° de la Ley Nro. 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

²⁶ PLA RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Tercera edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1998. p. 313.

²⁷ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Año 2007. p. 36.

contrato de trabajo y la constitución de una relación laboral, para engañar a un tercero, como las entidades aseguradoras, y obtener de ellos ventajas indebidas en materia de seguridad social. Asimismo, cuando los sujetos llaman a su contrato como de locación de servicios, pese a que en la relación subsiguiente el supuesto comitente ejerce un poder de dirección sobre el aparente locador. También si se celebra un contrato de trabajo de duración determinada, que esconde una prestación de servicios por tiempo indefinido. Igual ocurre cuando el empleador califica a un trabajador como de confianza, pese a que su labor no encuadra en las características propias de dichos cargos que prevé el artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Por último, estamos ante un caso similar, si el trabajador figura inscrito en la planilla de una empresa de servicios, que no es sino una ficción para permitir que la empresa usuaria se descargue responsabilidad”²⁸. El último caso referido, alude al supuesto de destaque indebido de personal de trabajo, con el objeto de evadir el cumplimiento de obligaciones laborales.

Un tema de discusión es la prevalencia del contenido del contrato, al amparo de lo que prevé el artículo 62 de la Constitución Política, que reconoce el derecho a la libertad de contratación; sin embargo, debe entenderse que dicha libertad lo es en tanto sea celebrado respetando el derecho de veracidad, de legalidad, ya que si por el contrario se celebran faltando a la verdad, al principio de legalidad, agrediendo derechos reconocidos en la Constitución o en la Ley que son irrenunciables, en tal caso, la libertad de contratación será superada por los derechos laborales que hubieran sido agredidos.

En consecuencia, por aplicación del principio de la primacía de la realidad, se prefiere los hechos sobre los documentos, en caso exista discordancia entre ambos, se prefiere a lo que aparece de la realidad por encima de la formalidad, ya que lo que se privilegia es la veracidad, el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. El derecho no premia a los actos materializados con fraude o simulación destinados a eludir el cumplimiento de obligaciones laborales.

²⁸Ibidem. p. 7.

CAPITULO II

EL PRECEDENTE VINCULANTE, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LAS FUENTES JUDICIALES DEL DERECHO

1. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Como señala Moreso²⁹, *“En efecto, según la definición que hemos dado en el capítulo anterior de actividad interpretativa, está claro que cualquier persona puede llevarla a cabo: basta con que asigne significado a un texto normativo.”*. Sin embargo, la que tendrá consecuencias jurídicas concretas en definitiva, es la realizada solo por un conjunto de individuos que tienen la facultad legal de aplicar el derecho, esto es, los jueces, como también lo precisa el mismo autor.

Por su parte Guastini³⁰ en relación a la interpretación jurídica nos dice, *“La atribución de sentido (o significado) a un texto normativo. Llamo “texto normativo” a cualquier documento elaborado por una autoridad normativa, y por ello identificable prima facie como fuente del Derecho dentro de un sistema jurídico determinado”*.

Siguiendo a Moreso³¹, resumiendo lo que señala en relación a las clases de interpretación, se tiene que atendiendo al sujeto que la realiza, pueden ser auténtica (la que lleva a cabo el mismo órgano que ha emitido el texto normativo objeto de interpretación); interpretación oficial (la que realizan algunos órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones, como puede ser la que desarrolla el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar la Constitución); interpretación doctrinal (la que efectúan los cultivadores de la llamada dogmática jurídica, que se ocupa de sistematizar las normas de una determinada materia); interpretación judicial u operativa (la que efectúan los órganos jurisdiccionales antes de poder aplicar el derecho).

En cuanto a la interpretación constitucional nos señala el Tribunal Constitucional³²: *“Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular*

²⁹MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Marcial Pons Editores. Primera Edición, Madrid-España, Capítulo VII, Aplicación del Derecho, pp. 175-189.

³⁰GUASTINI, Riccardo. Disposición vs Norma. En material Instructivo de la Academia de la Magistratura, sobre Interpretación y Razonamiento Jurídico en el Ámbito Jurisdiccional, pp. 90-114.

³¹ Ob. Cit. P. 175

³²www.tc.gob.pe STC NRO. 05854-2005-AA/TC. Fundamento 12

estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del Juez constitucional. Tales principios son³³:

a) El principio de unidad de la Constitución³⁴: *Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.*

b) El principio de concordancia práctica³⁵: *En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).*

c) El principio de corrección funcional³⁶: *Este principio exige al Juez Constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.*

d) El principio de función integradora³⁷: *El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.*

³³Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

³⁴Vid. STC NRO. 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.

³⁵Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC NRO. 0001-2003-AI /0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; NRO. 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC NRO. 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC NRO. 0029-2004-AI, Fundamento 15.

³⁶ Este principio se presenta en cada ocasión en la que este Tribunal delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (vg. la reciente STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI —acumulados—).

³⁷Vid. STC NRO. 0008-2003-AI, Fundamento 5.

e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*³⁸: *La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.”*

De lo señalado por el Tribunal Constitucional, se tiene entonces que la labor de interpretación constitucional se debe materializar bajo los parámetros del principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de función integradora y el principio de fuerza normativa de la Constitución.

En cuanto a la interpretación conforme y sentencias interpretativas, Gascón Abellán y a García Figueroa³⁹ nos precisa: *“El principio de interpretación conforme. Enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control (...).”*

Continuando con Gascón Abellán y García Figueroa⁴⁰ en relación a las sentencias interpretativas, nos precisa: *“son el resultado de actuar según el principio de conservación de las leyes (rectius: de los textos o disposiciones legales), directamente relacionado con la interpretación conforme. En virtud de dicho principio -y para evitar los vacíos normativos que se seguirían de la eventual declaración de inconstitucionalidad de las leyes- un precepto legal sólo debe ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida en que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto, pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la*

³⁸ Vid. STC NRO. 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC NRO. 1124-2001-AA, Fundamento 6.

³⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alonso. La Argumentación en el Derecho. Editorial Palestra, Lima-Perú, pp. 286.

⁴⁰ Ob. Cit. p. 288

medida en que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan así, la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes”.

Tenemos también las sentencias manipulativas, las que Gascón Abellán⁴¹ define de la siguiente manera: *“Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el Juez constitucional puede “salvar” su constitucionalidad de dos modos: (i) manipulando el texto de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido); o bien (ii) manipulando directamente su interpretación; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación contra legem) a fin de que resulte compatible con la Constitución. (...). “La interpretación aquí puede recaer, bien sobre el programa normativo del precepto (sentencias sustitutivas), o bien sobre su ámbito de aplicación, que tras la interpretación resulta reducido (en cuyo caso se habla de sentencias reductoras) o ampliado (en cuyo caso se habla de sentencias aditivas).”*

El Tribunal Constitucional en los últimos tiempos ha tenido y tiene un gran activismo en la interpretación constitucional, por cuanto resuelve procesos de inconstitucionalidad de textos normativos, emite sentencias que contienen precedentes (como el caso Huatuco), desarrolla doctrina jurisprudencial trascendente y también criterios en diversas materias, ejerciendo a plenitud su función de supremo intérprete de la Constitución Política del Estado, y a veces, en temas que podrían estar dentro del ámbito de competencia de otros poderes del Estado, ocasionando el ya famoso “choque de trenes”.

2. EL PRECEDENTE VINCULANTE

A mediados del Siglo XIII, el gran jurista inglés Henry de Bracton⁴², en su Tratado *De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*, señala: *“Si surgieron en el reino asuntos nuevos y desconocidos y si casos similares se hubieran presentado, dejad que se aplique la misma sentencia sobre los mismos asuntos, puesto que es la ocasión propicia para avanzar de un caso similar a otro similar”.*

⁴¹ Ob. Cit. pp. 291-292

⁴² DE BRACON, Henry. *De Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*. p. 16

Bracton, en su célebre Note Book (cuaderno) recopilaba y citaba fallos anteriores y los presentaba como una guía para las futuras generaciones, especialmente para los jueces recién nombrados, siendo importante su obra pues facilitó no únicamente el desarrollo de un determinado sistema legal (el de Inglaterra) sino de una tradición basada en los precedentes y conocida como *common law*.

John P. Dawson⁴³, profesor de la Universidad de Harvard en 1967, describió que “*El núcleo sólido del derecho (del Derecho Inglés) fue la costumbre inglesa, una síntesis o abstracción que fue construida a partir de la costumbre o usos habituales de diversas comunidades inglesas, pero que no coincidían precisamente con ninguna de éstas. Las reiteradas experiencias de los jueces reales en la decisión de los casos, y sus deliberaciones frecuentes e informales, dieron lugar a una consistencia y estructuración más sólida que hicieron que las reglas devinieran en un sistema*”.

Conforme a la historia, el derecho inglés ha conservado una tradición jurídica basada en los precedentes, contruidos por los jueces a partir de la costumbre, para dar uniformidad en la aplicación de tales normas consuetudinarias.

Robert Barrer⁴⁴ nos dice, “*La palabra precedente, es una expresión abreviada de stare decisis (atenerse a las cosas decididas). En la práctica precedente significa que los Tribunales inferiores deben acatar las decisiones del Tribunal Supremo dentro de su jurisdicción en asuntos de derecho, y que este último Tribunal de sus decisiones previas o antecedentes sobre materias legales únicamente cuando existan razón importantes para hacerlo.*”

En el Perú, encontramos que el precedente vinculante puede ser establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República y por el Tribunal Constitucional. En cuanto al precedente vinculante de la Corte Suprema éste será desarrollado en el punto 4 del presente capítulo.

En cuanto al precedente vinculante emanado del Tribunal Constitucional, se tiene que el mismo se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, del que se desprende que sus principales características como

⁴³ DAWSON, John P. The Oracles of the Law (Los Oráculos del Derecho 2.).

⁴⁴ BARRER, Robert. El Concepto de Precedente y su Significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos. En Anexo de Lecturas – Diplomado de Actualización y Perfeccionamiento Academia de la Magistratura. Lima 2010. p. 5.

son: es una decisión jurisdiccional con calidad de cosa juzgada que resuelve un caso concreto; en segundo lugar, de manera expresa se establece una regla general que tiene carácter normativo, por tanto, resulta vinculante para todos, de obligatorio cumplimiento por todos y ciertamente establece una regla a ser aplicada para casos similares que se presenten en el futuro. De lo señalado en cuanto al carácter normativo del precedente, se tiene entonces que el Tribunal Constitucional, asume no solo la función de legislador negativo al ejercer el control concentrado de las normas sino también, la función de legislador positivo, lo que más allá de ser un tema a veces controvertido, es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda la gran importancia que tiene un precedente, es contribuir a la seguridad jurídica en tanto permite unificar criterios; en segundo lugar, materializa el principio de igualdad, por cuanto ello hace que todos tengan una misma respuesta del órgano jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 024-2003-AI/TC señala que “(...) *el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos. En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.*”. Es claro entonces, que el máximo intérprete de la Constitución tiene la facultad de aprobar precedente vinculante, esto es, de imponer una regla jurídica de carácter general que va a ser aplicada en la resolución de futuros casos de naturaleza homóloga, teniendo en tal sentido los efectos de una ley al tener carácter normativo, y por tanto, surte efecto general, es vinculante y obligatorio a todos, público y privado.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el fundamento 41° de la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 3741-2004-AA/TC precisa los supuestos para la emisión de un

precedente vinculante señalando lo siguiente: “*En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:*

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante”.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha precisado los supuestos que constituyen el punto de partida para la emisión de un precedente vinculante, siendo importante para tal efecto la constatación de interpretación de un determinado asunto en sentidos contrapuestos; la constatación de una interpretación errónea de una norma para la resolución de un caso; la constatación de la inconstitucionalidad de una norma y que se evidencie la necesidad de cambio de precedente.

Entonces, podemos concluir conforme a lo desarrollado en los párrafos anteriores, que el precedente vinculante es una institución derivada del “*common law*”, que se materializa en una regla jurídica general y normativa para la resolución de futuros casos de naturaleza homóloga y cuyo cumplimiento y respeto es obligatorio no sólo por los jueces que administración justicia, sino también por cualquier poder público e individuos en general.

3. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La doctrina constitucional, se encuentra prevista en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Establece un efecto de vinculación obligatoria para todos los jueces, conforme a la interpretación de las leyes y demás normas que ha sido efectuada por el Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución Política del Estado.

El Tribunal Constitucional esboza un concepto de doctrina constitucional en el Fundamento 15 de la Sentencia dictada en el expediente Nro. 04853-2004-PA/TC que señala lo siguiente: “(...) *Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las prescripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.*”. Aquí, el Tribunal enmarca el concepto de doctrina constitucional de un lado, a las interpretaciones de la Constitución y de la ley, y de otro lado, a las proscipciones interpretativas.

Asimismo, los especialistas plantean una cuestión adicional: ¿se pueden apartar los jueces de la doctrina constitucional? Landa Arroyo⁴⁵ responde en sentido afirmativo y señala: “*Los jueces que decidan apartarse de la doctrina jurisprudencial deberán realizar una intensa argumentación del cambio de criterio de un caso en concreto, para revertir la presunción de constitucionalidad de dicha doctrina que asegura el principio*

⁴⁵LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. En Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III. No. 5., enero- junio. Lima, 2007. p. 63.

de unidad y coordinación jurisprudencial en materia constitucional, del cual el supremo intérprete es el Tribunal Constitucional.”

El criterio de Landa asume la posibilidad de apartarse de la doctrina, lo que viene a ser la técnica del *distinguishing*, propio del precedente anglosajón en la que es viable apartarse de la doctrina jurisprudencial, claro, expresando fundamentación adecuada y suficiente para tal decisión.

Lo que está claro, es que el grado de vinculación y de obligatoriedad del precedente constitucional, es mucho mayor al de la doctrina constitucional, siendo que ésta, no tiene carácter normativo como sí lo tiene el precedente.

4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional, según nos precisa García Toma⁴⁶, *“alude a aquella pléyade de principios, criterios y doctrinas que se encuentran insertas en las sentencias expedidas por los tribunales constitucionales u órganos de la justicia ordinaria con facultades para defender la vigencia plena de la superlegalidad, jerarquía, alcance, contenido y cabal cumplimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento nacional y como norma garantizadora de los derechos fundamentales de la persona.*

De manera estricta, hace referencia al conjunto de sentencias que de manera reiterada y uniforme imponen un determinado criterio de interpretación o aplicación de una norma en un caso concreto que ostenta relevancia o relieve constitucional.”

El Tribunal Constitucional en el Fundamento 34 de la Sentencia recaída en el expediente Nro. 0047-2004-AI/TC, señaló, *“La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.”*

De lo señalado, se tiene entonces que la jurisprudencia constitucional, en principio emana del Tribunal Constitucional; en segundo lugar, se trata de una pluralidad de decisiones en un sentido determinado, al resolver casos concretos y que sirven para una

⁴⁶ GARCIA TOMA, Víctor. Las sentencias constitucionales: El Precedente Vinculante, en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. El Precedente Constitucional Vinculante. Editorial Adrus. Año 2009. p. 54.

mejor interpretación y aplicación de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

De modo general la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Nro. 28301, establece que *“los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos.(...)”*.

En cuanto al grado de vinculación y obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, se tiene que se encuentra por debajo de la doctrina constitucional y muy por debajo del precedente constitucional.

Sin duda, existen temas controvertidos alrededor de la jurisprudencia constitucional, como por ejemplo si la justicia ordinaria puede también generar jurisprudencia constitucional; sin embargo, no ingresaremos a tales análisis en razón de que no es propiamente el objeto de investigación tales extremos, sino solo dar un marco teórico suficiente para lo que será la investigación propiamente dicha.

5. LAS FUENTES JUDICIALES DEL DERECHO

5.1. Noción

Precisa Aguiló Regla⁴⁷, *“la afirmación de que en nuestros órdenes jurídicos hay normas generales de origen judicial me parece simplemente incontrovertible”*; sin embargo, como lo precisa el autor citado, es evidente que la aceptación del precedente y la jurisprudencia como fuentes del Derecho, no resulta sencilla. Sintetizando lo que el mismo autor antes citado precisa, el tema pasa por dificultades de dos tipos: las primeras son ideológicas y las segundas, teóricas. Las dificultades ideológicas están referidas a la discusión sobre el modelo ideal de Juez al grado de vinculación que debe mostrar a la ley; por su parte, las dificultades teóricas están referidas a dar una explicación razonable de las normas de origen judicial, se tiene que dar cuenta de los componentes de coherencia y de justificación presentes, respectivamente, en el Derecho y en la sentencia.

⁴⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. “Fuentes del Derecho y Normas de Origen Judicial”, en material de lectura de Diplomatura de Precedentes Judiciales de la Academia de la Magistratura, Lima 2010, pp.11-12.

Aguiló Regla⁴⁸, en relación a las sentencias judiciales nos precisa, “*En efecto, cualquier explicación de la creación judicial de normas jurídicas o de la existencia de normas de origen judicial en el orden jurídico pasa por una cabal comprensión de la sentencia. Las sentencias pueden ser vistas como resultados institucionales y como documentos normativos. En cuanto a las primeras, las sentencias institucionales; en particular, actos jurídicos que presuponen una regla que confiere poder a ciertos sujetos (los jueces) para producirlos. (...). La sentencia como documento normativo. La sentencia es un documento que consta generalmente de dos partes: el fallo y la fundamentación del fallo. El fallo es una decisión que consiste en la emisión de una norma particular dirigida a las partes del proceso y/o a los órganos de ejecución con la que se trata de resolver un determinado conflicto jurídico. La fundamentación es la parte de la sentencia que trata de mostrar que el fallo es correcto, que trata de justificarlo.*”

De lo dicho, se tiene entonces que la fundamentación de la sentencia tiene entre sus objetivos la justificación de la decisión, lo que supone una adecuada justificación interna y externa; también resulta relevante esta parte de la sentencia, ya que en ella se establecen los criterios, las líneas interpretativas de las normas que sirven para resolver futuros casos, lo que precisamente vienen a constituir las fuentes judiciales del derecho, más allá de ser sin duda un tema con muchas aristas y controvertido, los que no se profundiza en atención a que ello no es el objeto de investigación del presente trabajo.

5.2. Fines

La Corte Suprema de Justicia de la República es el máximo órgano jurisdiccional y constitucional de conformidad con el artículo 143° de la Constitución Política del Estado, que garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley en los asuntos litigiosos que son de su competencia y han sido sometidos a su consideración. Corresponde entonces a la Corte Suprema desde el enfoque de la seguridad jurídica, dotar al ordenamiento jurídico de previsibilidad, continuidad, cierta estabilidad de criterios en el tiempo, materializada a través de la respuesta judicial; y, desde el punto de vista de la igualdad, garantizar un mismo tratamiento en la aplicación judicial del derecho.

⁴⁸ Ob. Cit. P. 13.

En estos tiempos, el sistema jurídico de un Estado de Derecho puede funcionar debe garantizar en su aplicación permanencia en el tiempo y unidad de interpretación de sus normas jurídicas, lo que conlleva tanto a una vinculación horizontal (de la misma jerarquía) y también vertical, esto es, de la judicatura de todos los niveles inferiores.

De lo señalado, se tiene entonces que las fuentes judiciales del derecho tienen una enorme trascendencia, ya que puede contribuir de manera significativa a una mayor seguridad jurídica que todo país respetuoso de un orden jurídico debe brindar; al mismo tiempo, en atención al principio de igualdad, que involucra ser tratados de la misma forma ante casos similares.

5.3. La indeterminación del derecho

Sobre el tema Angeles Rodenas⁴⁹ nos dice, *“Los términos indeterminación y derrotabilidad están estrechamente ligados entre sí, es usual utilizar el término indeterminación en referencia a una característica del derecho, mientras que se habla de derrotabilidad en relación a una cualidad de las normas jurídicas. De la indeterminación del derecho se puede hablar en varios sentidos diferentes. Sin pretensión de exhaustividad, ni de trazar categorías necesariamente excluyentes entre sí, seguidamente voy a esbozar una panorámica de los principales sentidos en los que comúnmente se habla de problemas de indeterminación del derecho”*.

Continuando con Angeles Rodenas⁵⁰ se tiene:

a) Indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos. (...) “El derecho resulta indeterminado porque no podemos precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones. Esta indeterminación puede tener su causa bien en problemas de consistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud. Se trata por tanto, del problema de las lagunas y de las antinomias.

a.1. (...) Las lagunas se presentan cuando los conceptos normativos son vagos u oscuros (de reconocimiento); (...) también cuando un caso genérico está regulado pero que a criterio del juzgador cabe distinguir donde el legislador no ha distinguido, para hacer una excepción a la luz de un balance de principios (axiológica); (...) finalmente se presenta cuando un caso genérico no está regulado por determinado sistema pero

⁴⁹ ANGELES RODENAS. Los Intersticios del derecho, editorial Marcial Pons, Primera Edición, Barcelona-España 2012, p. 22

⁵⁰ Ob. Cit. Pp. 23 - 51

que a criterio del juzgador debería ser regulado a la luz de un balance de principios (laguna normativa).

a.2. (...) Las antinomias. *Hablamos de antinomia o contradicción cuando dos reglas jurídicas correlacionan el mismo caso con soluciones normativas incompatibles. Los criterios lex superior, lex posterior y lex specialis, operarían como una suerte de metarreglas que posibilitan la solución de la mayor parte de antinomias mediante pautas proporcionadas por el mismo derecho.*

(...) También tenemos las antinomias insolubles que se presentan cuando las metarreglas son insuficientes y por tanto se deben efectuar un balance de razones o principios.

b) La indeterminación lingüística de las normas.- *(...) supone que no es posible identificar qué es lo que el derecho requiere debido a problemas de lenguaje mediante el que éste se expresa. La indeterminación lingüística puede tener su origen tanto en problemas de ambigüedad como en problemas de vaguedad.*

b.1. Ambigüedad.- *(...) ésta puede tener su causa en alguno de los siguientes tipos de problemas: semánticos, sintácticos y pragmáticos. La ambigüedad semántica afecta a los términos. (...) cuando un mismo término es susceptible de asumir diferentes significados. (...) La ambigüedad sintáctica afectaría a la estructura lógica de los enunciados, es decir, al modo en que las palabras están conectadas entre sí. (...) La ambigüedad pragmática, se produciría cuando un mismo enunciado puede cumplir diferentes usos o funciones del lenguaje, sin que del contexto sea posible esclarecer de qué uso se trata.*

b.2. La Vaguedad.- *Por su parte la vaguedad no afecta a los términos si no a los conceptos. Es posible diferenciar entre problemas de vaguedad extensional y de vaguedad intencional. Hablamos de vaguedad extensional cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y de vaguedad intencional cuando no queda claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan.”*

c) Indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia.- *como precisa Abregú Báez⁵¹, “Se presenta cuando no se puede definir qué principio debe prevalecer sobre otro cuando los dos están vinculados a un mismo caso concreto”.*

⁵¹ ABREGÚ BÁEZ, Juan Aurelio. “Interpretación y Razonamiento Jurídico en el Ámbito Jurisdiccional”, en material de lectura del Módulo Autoinstructivo de la Academia de la Magistratura, Lima 2013, p. 50

En otras palabras, existe falta de determinación del principio prevalente y en tal sentido la solución pasa por efectuar una ponderación.

d) Indeterminación y derrotabilidad.- Siguiendo a Abregú Báez⁵², tenemos:

d.1. Derrotabilidad de las prescripciones.- *un primer supuesto es por caso fuera del alcance, que se presenta cuando la razón subyacente a la norma no afecta caso alguno. Ejm. Prohibir escuchar música al personal de limpieza de un colegio de sordomudos. Un segundo supuesto, por excepción normativa, que se presenta cuando la razón subyacente a la norma afecta determinado bien pero beneficia otro bien no contemplado por el legislador. Ejm. Aplicar marihuana medicinal.*

d.2. Derrotabilidad de las justificaciones subyacentes.- *se presenta cuando una norma es justificada por un incorrecto balance de razones o principios. Ejm. Cuando el legislador promulga una norma justificada por una ponderación inadecuada.*

d.3 Derrotabilidad radical.- *se presenta en razón de criterios extra jurídicos.*

e) Indeterminación por experiencia recalcitrante.- continuando con Abregú Báez⁵³ tenemos los siguientes supuestos:

e.1. Por supra inclusión normativa.- *Un primer supuesto es por caso fuera del alcance, que se presenta cuando la razón o la finalidad de la norma no es vulnerada por su incumplimiento, ejemplo, incumplir la norma que dice prohibido fumar cuando el que fuma se encuentra totalmente solo. Un segundo supuesto, es por excepción normativa, que se presenta cuando la razón o finalidad de la norma se afecta un bien para beneficiar otro bien no contemplado en el primigenio balance de razones. Ejemplo, cuando se incumple la prohibición de fumar en un laboratorio de investigación sobre tabaquismo.*

e.2. Por infra inclusión normativa.- *Se presenta cuando se extiende los alcances de una norma para cubrir un caso no contemplado, para que satisfaga el fin o razón subyacente a la norma. Ejemplo, la prohibición de consumo de vino en un colegio se extiende a la prohibición de consumo de cerveza.*

e.3. Por incoherencia normativa.- *Se presenta en para precisar o determinar qué principio debe preceder a otro cuando existe una colisión de principios respecto de un*

⁵² Ob. Cit. p. 51

⁵³ Ob. Cit. p. 52

mismo caso. Ejemplo, cuando se debe balancear el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.”.

5.4. Clases de Fuentes Judiciales

5.4.1. Pleno Casatorio

El artículo 400 del Código Procesal Civil recoge la doctrina jurisprudencial con carácter vinculante a los órganos jurisdiccionales del Estado, la misma que requiere ser acordada por mayoría absoluta de los Jueces Supremos de la especialidad civil de la Corte Suprema de Justicia, convocados al pleno correspondiente. Esta doctrina es acordada en lo que se conoce como **Pleno Casatorio**, resultando tener un carácter vinculante mayor a la prevista en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisamente por haber sido acordada con participación de todos los jueces de la especialidad en un caso concreto y por tanto, en ejercicio de la función jurisdiccional.

5.4.2. La Doctrina Jurisprudencial

El tema de la vinculación o el precedente vinculante de la Corte Suprema ha sido abordado legislativamente por el artículo 22° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo mérito las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales; señala además el citado artículo, que éstos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento, pudiendo en caso de excepción apartarse de dicho criterio, estando obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan; por último, prescribe que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Vemos por tanto en el artículo mencionado, que las Salas de la Corte Suprema están autorizadas a expedir fallos vinculantes de obligatorio cumplimiento, que deben ser acatados por los magistrados de todas las instancias judiciales, salvo que por excepción decidan apartarse de dichos criterios, en cuyo caso deberán motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Así también, se infiere de la norma en comentario, que la Corte Suprema puede dictar fallos que se aparten de su propio precedente, motivando debidamente su resolución y publicarse en el Diario Oficial "El Peruano", con mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Esta doctrina jurisprudencial, entonces se trata un supuesto de vinculación u obligatoriedad relativa, ya que si bien se fija un criterio obligatorio, sin embargo, también se prevé la posibilidad de apartarse de él motivadamente.

5.4.3. Precedente Judicial

En materia contencioso administrativa de conformidad con el artículo 37 del D.S. Nro. 013-2008-JUS Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27584, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema cuando fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales, constituyen precedente vinculante, aunque sin embargo también es posible apartarse de ellos siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso concreto, requiriendo motivación expresa.

En el artículo 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nro. 29497, se faculta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema a efecto de que cuando conozca del recurso de casación, puede convocar al **Pleno de los Jueces Supremos** que conforman otras salas en materia constitucional y social, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un **precedente judicial**. La decisión tomada en mayoría absoluta de los asistentes al **Pleno Casatorio** constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República. Este supuesto es un caso similar al previsto en el artículo 400 del Código Procesal Civil y por tanto tiene un alto grado de vinculación y obligatoriedad.

5.4.4. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

El numeral 4° del artículo 80° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, prescribe como una de las atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema⁵⁴, la de sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

Como hemos señalado en el punto anterior, la Corte Suprema es el máximo órgano jurisdiccional según lo establece el artículo 141 de la Constitución Política del Estado, por tanto dada su jerarquía, aparece como un órgano de casación que tiene entre sus funciones importantes la uniformidad y unidad de la actividad judicial, al fallar en casación o en última instancia cualquier controversia.

Asimismo, teniendo la Corte Suprema la más alta jerarquía, se entiende que los Jueces que la integran deben poseer un mayor conocimiento del derecho, una importante trayectoria judicial o profesional, esto es, la experiencia suficiente; así mismo, se entiende que su imparcialidad debe ser incuestionable, lo que coadyuva a alcanzar mayores y mejores niveles de aceptación al resolver los casos más complicados. Lo señalado anteriormente, lo ubican en el órgano jurisdiccional más idóneo.

Estando a lo señalado en relación a la Corte Suprema, entonces, es razonable que sus decisiones recaídas en las sentencias que expiden, constituyan criterios importantes para la solución de casos similares.

Como precisa Puig Brutal⁵⁵, *“La jurisprudencia se configura en los reiterados fallos, en este caso de la Corte Suprema, que de manera uniforme instaure una línea de interpretación sobre un determinado caso, fallos reiterados que generan fuerza de convicción y certeza en los Jueces, lo cual evidentemente infiere que la línea de interpretación adoptada resulte justa. En algunos casos se llega a exigir que la reiteración de las resoluciones judiciales se dé en el marco de una relación de*

⁵⁴ La Sala Plena de la Corte Suprema de conformidad con el artículo 79° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, es el órgano supremo de deliberación del Poder Judicial que, debidamente convocada, decide sobre la marcha institucional de dicho poder y sobre otros asuntos que no sean de competencia exclusiva de otros órganos, de acuerdo con lo establecido en la Ley, es presidida por el Presidente de la Corte Suprema y se integra por todos los jueces supremos titulares.

⁵⁵ PUIG BRUTAU, José. La jurisprudencia como fuente del Derecho. Bosch. Barcelona. 1952. p. 234.

proximidad temporal e histórica, ya que puede ocurrir que a raíz del transcurso del tiempo la línea jurisprudencial haya perdido su razón de ser.”.

Como se dijo en relación a la jurisprudencia constitucional y a lo señalado líneas arriba, se trata de criterios expresados de manera reiterada respecto de un tema en concreto en este caso por la Corte Suprema y deben ser varias sentencias con criterio uniforme, por cuanto si fuesen contradictorias unas decisiones con otras, ciertamente no alcanzaría ser jurisprudencia, y por el contrario, solo perjudicaría al estado de derecho.

5.4.5. Los Plenos Jurisdiccionales

Por otro lado, no se puede dejar mencionar que el artículo 116° del Decreto Supremo Nro. 017-93-JUS, señala que: *“Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”*, es decir, las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden tomar “acuerdos plenarios” que son de mayor difusión y utilización práctica, y por ende son vinculantes en todas las instancias judiciales.

Los Plenos Jurisdiccionales, se tratan en concreto de eventos académicos en los que se toman acuerdos por los Jueces de la Especialidad respectiva, a efecto de unificar criterios en relación a temas sobre los cuales existen interpretaciones discrepantes. Su fin es ciertamente contribuir a alcanzar mayores niveles de seguridad jurídica.

Los Plenos aludidos, pueden llevarse a cabo a nivel de Distrito Judicial, Regional, Nacional o por los Jueces Supremos de la Corte Suprema, pero siempre dentro de una especialidad, lo que contribuye a decisiones más estudiadas, precisamente por haber sido analizadas y acordadas por jueces de una determinada especialidad.

5.4.6. Conclusión

A manera de conclusión, hemos podido apreciar, que el precedente vinculante de la Corte Suprema y especialmente el Pleno Casatorio, procuran que casos similares tengan la misma respuesta por los encargos de administrar justicia, dando cierta estabilidad en el tiempo y una aplicación con observancia del principio de igualdad, lo que sin duda contribuye a una mayor seguridad jurídica. Asimismo, el precedente vinculante de la Corte Suprema cuenta con el sustento jurídico correspondiente, en la cual se expresa la obligatoriedad de su cumplimiento de parte de todas las instancias judiciales, aunque

también es posible apartarse del mismo pero en tal caso deberá efectuarse una motivación reforzada.





TITULO II

**EL RÉGIMEN LABORAL DE
CONSTRUCCIÓN CIVIL EN LOS
GOBIERNOS LOCALES Y OTRAS
ENTIDADES PÚBLICAS**

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL TRABAJADOR DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

1. EL CONTRATO DE TRABAJO

1.1. Concepto

Según de la Cueva citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba⁵⁶, “Es aquel por el cual una persona, mediante el pago de la retribución correspondiente, subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa”.

Para Rendón Vásquez⁵⁷, “*es una convención o un acuerdo por el cual una persona, el trabajador, se compromete a prestar trabajo, bajo dependencia y por cuenta de otro, el empleador, quien se compromete, a su vez, a pagar una remuneración.*”

Según Toyama Miyagusuku⁵⁸, “*El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de aménidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes.*”

A la luz del artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se debe entender por contrato de trabajo, aquella prestación personal de servicios remunerados y subordinados, presumiéndose que lo es a plazo indeterminado, por lo tanto, la regla general es que un contrato de trabajo es a plazo indeterminado, en tanto que la excepción constituye que lo sea a plazo fijo, temporal. La presunción legal aludida es *iuris tantum*, es una presunción relativa ya que admite prueba en contrario por parte del demandado como empleador.

⁵⁶ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., T. IV, Buenos Aires, p. 397.

⁵⁷RENDON VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo. Ediciones Tárpu, Lima 1991, p..9

⁵⁸TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho Individual del Trabajo. Gaceta Jurídica S.A., Lima 2011, p. 35

1.2 Elementos del contrato de trabajo

Los elementos del contrato de trabajo conforme se desprenden del artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo Nro. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

1.2.1. De la prestación personal del servicio. El establecer la existencia de este elemento resulta sencillo, toda vez que aquí solo se debe verificar si en efecto se ha prestado el servicio de manera personal.

1.2.2. De la remuneración. Este elemento más allá del nomen juris, es la contraprestación económica por el servicio prestado bajo dependencia.

1.2.3. La subordinación. Está referido al ejercicio por el empleador de facultades como las siguientes: a) De dirección, esto es, el empleador planifica, decide, ordena como ejecutar el trabajo, que realizar, cuando hacerlo. Esta es una facultad irrenunciable al empleador. b) De fiscalización, esto es, el empleador revisa la labor realizada, pide informes, aclaraciones, directamente o a través de sus funcionarios, personal de confianza, supervisores. c) Facultad disciplinaria o de sanción, en virtud de la cual el empleador válidamente puede sancionar a un trabajador, claro respetando el principio de proporcionalidad, en otras palabras, que exista equivalencia entre la infracción laboral y la sanción que impone. d) Facultad de cambiar las condiciones de trabajo y otras (*ius variandi*), en virtud de la cual, el empleador puede cambiar el horario de trabajo (hora de ingreso y de salida), la jornada de trabajo (tiempo de permanencia en el centro de trabajo), lugar de prestación del servicio, etc. En este caso, el empleador debe ejercerla teniendo en cuenta la necesidad y razonabilidad de la decisión a efecto de no devenir en arbitraria.

2. EL TRABAJADOR DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

2.1. Concepto

A manera de concepto respecto de los trabajadores de construcción civil, Bendezú Manrique⁵⁹ señala: *“Trabajador de construcción civil es toda persona física que realiza, libremente y de manera eventual o temporal, una labor de construcción para*

⁵⁹BENDEZÚ, Mario. Derecho del Trabajo en Construcción Civil. Editorial Educativa INIDE, Lima 1983, p. 35.

otra persona jurídica o natural dedicada a la actividad de la construcción, con relación de dependencia y a cambio de una remuneración”.

2.2. Actividades de la construcción incluidas en la gran división 5 de la CIIU

En la gran división 5 de la Clasificación Industrial Uniforme de las Naciones Unidas (CIIU), actualmente Categoría de Tabulación F, División 45, la que se subdivide en 5 grupos, conforme al cuadro anexo, que corresponde a la revisión 4 vigente desde el 2008, siendo además aprobado en el contexto del Perú por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) cumpliendo uno de los objetivos y atribuciones conferidas por el Decreto Legislativo N° 604, promulgando la Resolución Jefatural N° 024-2010-INEI, estableciendo oficialmente en el país la adopción de la cuarta revisión de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU Revisión 4), que permitirá establecer y consolidar un esquema conceptual uniforme para relevar información a nivel de empresas y establecimientos productivos de bienes y servicios.

Es importante mencionar, que se consigna como propósito, alcance y naturaleza de la CIIU, el criterio referido a los agentes económicos, encontrándose también el gobierno esto es las entidades públicas, así en efecto se indica lo siguiente, *“Los criterios relativos a los agentes económicos (por ejemplo, las empresas no financieras, las instituciones financieras, el gobierno, los hogares, etc.) y los tipos de transacciones (consumo final e intermedio, formación de capital, etc.) refuerzan las consideraciones relativas a la etapa de fabricación de los artículos y de las necesidades por ellos atendidas. La aplicación de estos criterios para determinar las divisiones y grupos realza considerablemente el valor de la CIIU en lo que concierne a distinguir entre unidades de producción en función de las fuentes de demanda y comercialización de sus productos e identificar los vínculos entre las unidades de producción y entre éstas y el resto de la economía. Esos criterios se emplearon también para ordenar las clases dentro de los grupos y los grupos dentro de las divisiones”.*

Sección División Grupo Clase	Descripción de categorías de la CIU Revisión 4
F	Construcción
41	<u>Construcción de edificios</u>
410	Construcción de edificios
4100	Construcción de edificios
42	<u>Obras de ingeniería civil</u>
421	Construcción de carreteras y vías de ferrocarril
4210	Construcción de carreteras y vías de ferrocarril
422	Construcción de proyectos de servicio público
4220	Construcción de proyectos de servicio público
429	Construcción de otras obras de ingeniería civil
4290	Construcción de otras obras de ingeniería civil
43	<u>Actividades especializadas de construcción</u>
431	Demolición y preparación del terreno
4311	Demolición
4312	Preparación del terreno
432	Instalaciones eléctricas y de fontanería y otras instalaciones para obras de construcción
4321	Instalaciones eléctricas
4322	Instalaciones de fontanería, calefacción y aire acondicionado
4329	Otras instalaciones para obras de construcción
433	Terminación y acabado de edificios
4330	Terminación y acabado de edificios
439	Otras actividades especializadas de construcción
4390	Otras actividades especializadas de construcción

SECCIÓN: F – CONSTRUCCIÓN

Esta sección comprende las actividades corrientes y especializadas de construcción de edificios y obras de ingeniería civil. En ella se incluyen las obras nuevas, reparaciones, ampliaciones y reformas, la erección in situ de edificios y estructuras prefabricadas y también la construcción de obras de carácter temporal.

Las actividades corrientes de construcción abarcan la construcción completa de viviendas, edificios de oficinas, locales de almacenes y otros edificios públicos y de servicios, locales agropecuarios, etc., y la construcción de obras de ingeniería civil, como carreteras, calles, puentes, túneles, líneas de ferrocarril, aeropuertos, puertos y otros proyectos de ordenamiento hídrico, sistemas de riego, redes de alcantarillado, instalaciones industriales, tuberías y líneas de transmisión de energía eléctrica, instalaciones deportivas, etcétera.

Esas actividades pueden llevarse a cabo por cuenta propia, a cambio de una retribución o por contrata. La ejecución de partes de obras, y a veces de obras completas, puede encomendarse a subcontratistas. Se clasifican en esta sección las unidades a las que corresponde la responsabilidad general de los proyectos de construcción.

También se incluyen las actividades de reparación de edificios y de obras de ingeniería. Esta sección abarca la construcción completa de edificios (división 41), la construcción completa de obras de ingeniería civil (división 42) y las actividades especializadas de construcción, si se realizan sólo como parte del proceso de construcción (división 43). El alquiler de equipo de construcción con operarios se clasifica con la actividad de construcción concreta que se realice con ese equipo.

Esta sección comprende asimismo el desarrollo de proyectos de edificios u obras de ingeniería mediante la reunión de recursos financieros, técnicos y materiales para la realización de los proyectos con miras a su venta posterior. Si esas actividades no se realizan con miras a la venta posterior de los proyectos de construcción, sino para su explotación (por ejemplo, para alquilar espacio en esos edificios o para realizar actividades manufactureras en esas instalaciones), la unidad no se clasifica en esta sección, sino con arreglo a su actividad operacional, es decir, entre las actividades inmobiliarias, manufactureras, etcétera.

División: 41 - Construcción de edificios

Esta división comprende la construcción corriente de edificios de todo tipo. En ella se incluyen obras nuevas, reparaciones, ampliaciones y reformas, la erección in situ de edificios y estructuras prefabricadas y también la construcción de obras de carácter provisional.

Se incluye la construcción de viviendas enteras, edificios de oficinas, almacenes y otros edificios públicos y de servicios, edificios de explotaciones agropecuarias, etcétera

Grupo: 410 - Construcción de edificios

Véase la clase 4100.

Clase: 4100 - Construcción de edificios

Esta clase comprende la construcción de edificios completos residenciales o no residenciales, por cuenta propia, a cambio de una retribución o por contrata. Puede subcontratarse una parte o incluso la totalidad del proceso de construcción. Si sólo se realizan partes especializadas del proceso de construcción, la actividad se clasifica en la división 43.

Se incluyen las siguientes actividades:

- *Construcción de todo tipo de edificios residenciales: casas unifamiliares; edificios multifamiliares, incluidos edificios de muchos pisos.*
- *Construcción de todo tipo de edificios no residenciales: edificios destinados a actividades de producción industrial, como fábricas, talleres, plantas de montaje, etcétera; hospitales, escuelas, edificios de oficinas; hoteles, tiendas, centros comerciales, restaurantes; edificios de aeropuertos; instalaciones deportivas cubiertas; aparcamientos, incluidos los subterráneos; almacenes; y edificios religiosos.*
- *Montaje y erección in situ de construcciones prefabricadas.*

Se incluyen también las reformas o renovación de estructuras residenciales existentes.

No se incluyen las siguientes actividades:

- *Erección de construcciones prefabricadas completas a partir de componentes de fabricación propia de materiales distintos del hormigón; véanse las divisiones 16 y 25.*
- *Construcción de instalaciones industriales, excepto edificios; véase la clase 4290.*
- *Actividades de arquitectura e ingeniería; véase la clase 7110.*
- *Actividades de gestión de proyectos relacionadas con la construcción; véase la clase 7110.*

División: 42 - Obras de ingeniería civil

Esta división comprende obras generales de construcción para proyectos de ingeniería civil. Abarca obras nuevas, reparaciones, ampliaciones y reformas, la erección in situ

de estructuras prefabricadas y también la construcción de obras de carácter provisional.

Se incluyen obras de construcción tales como carreteras, calles, puentes, líneas de ferrocarril, aeropuertos, puertos y otros proyectos relacionados con vías de navegación, sistemas de riego, sistemas de alcantarillado, instalaciones industriales, tuberías de transporte y líneas eléctricas, instalaciones deportivas al aire libre, etc. Esas obras pueden ser realizadas por cuenta propia o a cambio de una retribución o por contrata. Puede subcontratarse una parte o incluso la totalidad de la actividad.

Grupo: 421 - Construcción de carreteras y líneas de ferrocarril

Véase la clase 4210.

Clase: 4210 - Construcción de carreteras y líneas de ferrocarril

Esta clase comprende las siguientes actividades:

- *Construcción de carreteras, calles, carreteras, y otras vías para vehículos o peatones.*
- *Obras de superficie en calles, carreteras, autopistas, puentes o túneles: asfaltado de carreteras; pintura y otros tipos de marcado de carreteras; instalación de barreras de emergencia, señales de tráfico y elementos similares.*
- *Construcción de puentes y viaductos.*
- *Construcción de túneles.*
- *Construcción de líneas de ferrocarril y de metro.*
- *Construcción de pistas de aeropuertos.*

No se incluyen las siguientes actividades:

- *Instalación de luces y señales eléctricas en las calles; véase la clase 4321.*
- *Actividades de arquitectura e ingeniería; véase la clase 7110.*
- *Actividades de gestión de proyectos relacionadas con obras de ingeniería civil; véase la clase 7110.*

Grupo: 422 - Construcción de proyectos de servicio público

Véase la clase 4220.

Clase: 4220 - Construcción de proyectos de servicio público

Esta clase comprende la construcción de líneas de distribución y edificios conexos y estructuras que sean parte integral de esos sistemas.

Se incluyen las siguientes actividades:

- Construcción de obras de ingeniería civil relacionadas con: tuberías y líneas de transmisión de energía eléctrica y comunicaciones, de larga distancia; tuberías urbanas, líneas de transmisión de energía eléctrica y comunicaciones; obras auxiliares en zonas urbanas; construcción de conductos principales y acometidas de redes de distribución de agua; y sistemas de riego (canales); depósitos.

- Construcción de: sistemas de alcantarillado, incluida su reparación; instalaciones de evacuación de aguas residuales; estaciones de bombeo; y centrales eléctricas.

Se incluye también la perforación de pozos de agua.

No se incluye la gestión de proyectos relacionadas con obras de ingeniería civil; véase la clase 7110.

Grupo: 429 - Construcción de otras obras de ingeniería civil

Véase la clase 4290.

Clase: 4290 - Construcción de otras obras de ingeniería civil

Esta clase comprende las siguientes actividades:

- Construcción de instalaciones industriales, excepto edificios; por ejemplo: refinerías; y fábricas de productos químicos.

- Construcción de: vías de navegación, obras portuarias y fluviales, puertos deportivos, esclusas, etcétera; presas y diques.

- Dragado de vías de navegación.

- Obras de construcción distintas de las de edificios; por ejemplo: instalaciones deportivas al aire libre.

Se incluyen también las actividades de subdivisión de tierras con mejora (por ejemplo, construcción de carreteras, infraestructura de suministro público, etcétera).

No se incluye la actividad de gestión de proyectos relacionadas con obras de ingeniería civil; véase la clase

7110.

División: 43 - Actividades especializadas de construcción

Esta división comprende actividades especializadas de construcción (obras especiales), es decir, la construcción de partes de edificios y de obras de ingeniería civil sin asumir la responsabilidad de la totalidad del proyecto. Por lo general, esas actividades se concentran en un aspecto común a diferentes estructuras, que requiere la utilización de técnicas o equipo especiales, como la hincadura de pilotes, la cimentación, la erección de estructuras de edificios, el hormigonado, la colocación de mampuestos de ladrillo y piedra, la instalación de andamios, la construcción de techos, etc. También se incluye la erección de estructuras de acero, siempre que los componentes de la estructura no sean fabricados por la propia unidad constructora.

Las actividades de construcción especializadas suelen realizarse en régimen de subcontrata, en particular en el caso de los trabajos de reparación que se realizan directamente para el dueño de la propiedad.

Se incluyen asimismo las actividades de terminación y acabado de edificios.

Está comprendida la instalación de todo tipo de dispositivos y sistemas necesarios para el funcionamiento de la construcción. Esas actividades se suelen realizar a pie de obra, aunque algunas partes pueden realizarse en un taller especial. Se incluyen actividades tales como la instalación de sistemas de fontanería, de calefacción y de aire acondicionado, antenas, sistemas de alarma y otros dispositivos eléctricos, sistemas de aspersores de extinción de incendios, ascensores y escaleras mecánicas, etc. También se incluyen las obras de aislamiento (térmico, acústico, contra humedades), los trabajos de chapa, la instalación de sistemas de refrigeración comercial, y la instalación de sistemas de alumbrado y señalización para carreteras, vías férreas, aeropuertos, puertos, etcétera. Se incluyen asimismo las actividades de reparación correspondientes.

La terminación de edificios abarca las actividades que contribuyen a la terminación o el acabado de una obra, como las de colocación de cristales, revoque, pintura, revestimiento de pisos y paredes con baldosas y azulejos u otros materiales, como parqué, alfombras, papel de empapelar, etc., pulimento de pisos, acabado de carpintería, insonorización, limpieza del exterior, etc. Se incluyen asimismo las actividades de reparación correspondientes.

El alquiler de equipo de construcción con operarios se clasifica en la actividad de construcción correspondiente.

Grupo: 431 - Demolición y preparación del terreno

Este grupo comprende actividades de preparación del terreno para posteriores actividades de construcción, incluida la eliminación de estructuras existentes.

Clase: 4311 - Demolición

Esta clase comprende las actividades de demolición o derribo de edificios y otras estructuras.

Clase: 4312 - Preparación del terreno

Esta clase comprende la preparación del terreno para posteriores actividades de construcción.

Se incluyen las siguientes actividades:

- *Limpieza de terrenos de construcción.*
- *Movimiento de tierras: excavación, nivelación y ordenación de terrenos de construcción, excavación de zanjas, remoción de piedras, voladura, etcétera.*
- *Perforaciones de prueba, sondeos de exploración y recogida de muestras de sondeo para actividades de construcción y para fines geofísicos, geológicos o similares.*

Se incluyen también las siguientes actividades:

- *Preparación de terrenos para actividades de explotación de minas y canteras: remoción del estéril y actividades de otro tipo para preparar y aprovechar terrenos y propiedades mineros, excepto yacimientos de petróleo y gas.*
- *Drenaje de terrenos de construcción.*
- *Drenaje de tierras agrícolas o forestales.*

No se incluyen las siguientes actividades:

- *Perforación de pozos de producción de petróleo o gas, véanse las clases 0610 y 0620.*
- *Perforaciones de prueba y sondeos de exploración para actividades de explotación de minas y canteras (distintas de la extracción de petróleo y gas); véase la clase 0990.*
- *Descontaminación del suelo; véase la clase 3900.*
- *Perforación de pozos de agua; véase la clase 4220.*
- *Profundización de pozos; véase la clase 4390.*

- *Exploración de petróleo y gas, estudios geofísicos, geológicos y sismográficos; véase la clase 7110.*

Grupo: 432 - Instalaciones eléctricas y de fontanería y otras instalaciones para obras de construcción

Este grupo comprende las actividades de instalación que sostienen el funcionamiento de un edificio como tal, como la instalación de sistemas eléctricos y de fontanería (sistemas de suministro de agua, gas y electricidad), sistemas de calefacción y de acondicionamiento de aire, ascensores, etcétera.

Clase: 4321 - Instalaciones eléctricas

Esta clase comprende la instalación de sistemas eléctricos en todo tipo de edificios y estructuras de ingeniería civil.

Se incluye la instalación de:

- *Cables eléctricos y accesorios.*
- *Líneas de telecomunicaciones.*
- *Redes informáticas y líneas de televisión por cable, incluidas líneas de fibra óptica;*
- *Antenas parabólicas.*
- *Sistemas de iluminación.*
- *Sistemas de alarma contra incendios.*
- *Sistemas de alarma contra robos.*
- *Sistemas de alumbrado y señales eléctricas de calles.*
- *Alumbrado de pistas de aeropuertos.*

Se incluye también la conexión de aparatos eléctricos y equipo doméstico, incluidos sistemas de calefacción radiante.

No se incluyen las siguientes actividades:

- *Construcción de líneas de comunicaciones y de transmisión de electricidad; véase la clase 4220.*
- *Supervisión o supervisión a distancia de sistemas electrónicos de seguridad, como los de alarma contra robos y contra incendios, incluido su mantenimiento; véase la clase 8020.*

Clase: 4322 - Instalaciones de fontanería, calefacción y aire acondicionado

Esta clase comprende la instalación de sistemas de fontanería, calefacción y aire acondicionado, incluidas adiciones y modificaciones, y su mantenimiento y reparación.

Esta clase comprende las siguientes actividades:

- Instalación en edificios y otros proyectos de construcción de: sistemas de calefacción (eléctricos, de gas y de gasóleo); calderas, torres de refrigeración; colectores de energía solar no eléctricos; equipo de fontanería y sanitario; equipo y conductos de ventilación, refrigeración o aire acondicionado; conducciones de gas; tuberías de vapor; sistemas de aspersores contra incendios; sistemas de riego por aspersión para el césped.

- Instalación de conductos.

No se incluyen las instalaciones de sistemas de calefacción radiante; véase la clase 4321.

Clase: 4329 – Otras instalaciones para obras de construcción

Esta clase comprende la instalación de equipo diferente de los sistemas eléctricos, de fontanería, de calefacción y de acondicionamiento de aire o de maquinaria industrial en edificios y estructuras de ingeniería civil, incluidos su mantenimiento y reparación.

Se incluye la instalación en edificios u otros proyectos de construcción de: ascensores, escaleras mecánicas; puertas automáticas y giratorias; pararrayos; sistemas de limpieza por aspiración; y aislamiento térmico, acústico o contra las vibraciones.

No se incluyen las instalaciones de maquinaria industrial; véase la clase 3320.

Grupo: 433 - Terminación y acabado de edificios

Véase la clase 4330.

Clase: 4330 - Terminación y acabado de edificios

Esta clase comprende las siguientes actividades:

- Aplicación en edificios y otros proyectos de construcción de yeso y estuco para interiores y exteriores, con los materiales de enlistonar correspondientes.

- Instalación de puertas (excepto puertas automáticas y giratorias), ventanas y marcos de puertas y ventanas de madera o de otros materiales.

- *Instalación de muebles de cocina a medida, escaleras, mobiliario para tiendas y similares.*
- *Instalación de mobiliario.*
- *Acabado de interiores, como techos, revestimientos de madera para paredes, tabiques móviles, etcétera.*
- *Colocación en edificios y otros proyectos de construcción de: baldosas, losas y losetas de cerámica, hormigón o piedra tallada para paredes y pisos, accesorios de cerámica para cocinas; parqué y otros revestimientos de madera para pisos; alfombras y cubrimientos de linóleo para pisos, incluidos los de caucho o plástico; revestimiento para suelos o paredes de terrazo, mármol, granito o pizarra; y papel de empapelar.*
- *Pintura interior y exterior de edificios.*
- *Pintura de obras de ingeniería civil.*
- *Instalación de vidrios, espejos, etcétera.*
- *Limpieza de edificios nuevos después de su construcción.*
- *Otras actividades de terminación de edificios n.c.p.*

Se incluyen también las actividades de instalación de interiores de tiendas, casas móviles, embarcaciones, etcétera.

No se incluyen las siguientes actividades:

- *Pintura de carreteras; véase la clase 4210.*
- *Instalación de puertas automáticas y puertas giratorias; véase la clase 4329.*
- *Limpieza interior corriente de edificios y otras estructuras; véase la clase 8121.*
- *Limpieza interior y exterior especializada de edificios; véase la clase 8129.*
- *Actividades de decoradores de interiores; véase la clase 7410.*
- *Montaje de muebles no empotrados; véase la clase 9524.*

Grupo: 439 - Otras actividades especializadas de construcción

Véase la clase 4390.

Clase: 4390 - Otras actividades especializadas de construcción

Esta clase comprende las siguientes actividades:

- *Actividades de construcción especializadas en un aspecto común a diferentes tipos de estructuras y que requieren conocimientos o equipo especializados: cimentación, incluida la hincadura de pilotes; obras de aislamiento contra el agua y la humedad;*

deshumidificación de edificios; profundización de pozos; erección de elementos de acero no fabricados por la propia unidad constructora; curvado de acero; colocación de mampuestos de ladrillo y de piedra; construcción de techos para edificios residenciales; instalación y desmontaje de andamios y plataformas de trabajo, excluido el alquiler de andamios y plataformas; construcción de chimeneas y hornos industriales; trabajos en lugares de difícil acceso que requieren la utilización de técnicas de escalada y del equipo correspondiente, como, por ejemplo, los trabajos a gran altura en estructuras elevadas.

- *Obras subterráneas.*
- *Construcción de piscinas al aire libre.*
- *Limpieza de exteriores de edificios con vapor, con chorro de arena y con otros medios.*
- *Alquiler de grúas con operadores*

No se incluye el alquiler de maquinaria y equipo de construcción sin operadores; véase la clase 7730.

2.3. Características

El Tribunal Constitucional⁶⁰ nos señala, “*se desprende que el régimen laboral de los trabajadores del sector de construcción civil posee características muy singulares que lo diferencian del de otros sectores, destacando: a) la eventualidad, pues la relación laboral no es permanente; dura mientras se ejecute la labor para la cual los trabajadores han sido contratados o mientras dure la ejecución de la obra; y b) la ubicación relativa, pues no existe un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores de construcción.*”

En otra sentencia, el mismo Tribunal Constitucional⁶¹ al referirse al régimen de construcción civil y en alusión concreta al régimen de jubilación anticipada para los trabajadores de dicho régimen especial señala, “*considerando que las labores de los trabajadores del sector de construcción civil, por su naturaleza y características, entrañan un permanente riesgo para la salud y la vida, con el consiguiente mayor desgaste físico en relación con otras actividades, que justifican un tratamiento de excepción para el beneficio de la jubilación*”.

⁶⁰ www.tc.gob.pe.- EXP Nro. 0261-2003-AA/TC- Lima. Fundamento 3.3

⁶¹ www.tc.gob.pe.- EXP Nro. 01216-2008-PA/TC - Arequipa. Pilar Froilán Mamani Vilca. Fundamento 3.

Pacheco Maita⁶² nos dice, “*El régimen de construcción civil tiene connotaciones especiales en cuanto a su remuneración y condiciones de trabajo, caracterizándose por la temporalidad de sus servicios, la que depende de la ejecución de la obra, la necesidad de especialización, capacitación y habilitación y el desplazamiento o la ubicación relativa.*”

De lo señalado, podemos concluir en relación al Régimen Laboral de Construcción Civil, en principio, que se tratan de trabajadores dependientes sujetos a un régimen especial, ello por la naturaleza y características de tal actividad de riesgo, así como por la eventualidad derivada del carácter temporal, ya que dura mientras se ejecute la labor para la cual se ha contratado al trabajador; además, también se caracteriza por la ubicación relativa, es decir, no existe un lugar fijo donde se realicen las actividades.

Siendo así, se tiene entonces que si bien son trabajadores dependientes, sin embargo, se diferencian de los trabajadores del régimen laboral común, por la temporalidad de la labor, por ser una actividad de riesgo, por la ubicación relativa, ya que en el régimen común, mas bien la regla general es que son trabajadores a plazo indeterminado, no ser siempre actividad de riesgo y la ubicación generalmente no varía o lo es muy poco.

Las características del Régimen Laboral de Construcción Civil, son justamente el fundamento de la existencia de tal régimen y por tanto, la razón de un tratamiento legislativo y de todo orden diferenciado, como en efecto así lo estableció el Tribunal Constitucional⁶³ en el caso CAPECO, determinando que precisamente por ello, correspondía la negociación colectiva por rama de actividad en este régimen de construcción civil y no a nivel de empresa, con el objeto de asegurar el derecho a la negociación colectiva, el derecho de sindicación, ya que si fuera como en el régimen común su inicio a falta de acuerdo, entonces sería inviable en aquel precisamente por la temporalidad de la labor, con lo que se afectaría el principio de igualdad.

2.4. Contrato de trabajo y condiciones de contratación de los trabajadores del régimen laboral especial de construcción civil

Uno de los aspectos singulares del régimen laboral referido, es que las condiciones de contratación de los trabajadores se encuentran regladas mediante **contrato colectivo de**

⁶²PACHECO MAITA, Rosario. p. 575

⁶³STC NRO. 261-2003-AA/TC- Lima. Fundamento 3.

trabajo, por cuanto los jornales, sus incrementos, vacaciones, capacitación profesional, condiciones de trabajo, y otros aspectos relacionados la vínculo laboral, son regulados mediante convenios colectivos de trabajo.

En efecto, en el Perú existe negociación colectiva por rama de actividad en el ámbito del régimen de construcción civil, no solo por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino por cuanto además se consolidó con la interpretación efectuada en relación al principio de igualdad desarrollada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente Nro. 261-2003-AA/TC, al establecerse como una forma de igualar las diferencias entre un trabajador de construcción civil y un trabajador del régimen común, la posibilidad de que tenga negociación colectiva a nivel de rama de actividad, ello entre la Cámara Peruana de las Construcción (CAPECO), en representación de los empleadores y, la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP), en representación de los trabajadores.

El Tribunal Constitucional en la sentencia antes aludida, justifica su decisión en las características del régimen especial de construcción civil como son la eventualidad de la relación laboral así como la ubicación relativa, lo que ciertamente es absolutamente congruente con la realidad, con los principios del derecho colectivo del trabajo referidos a la libertad sindical, la negociación colectiva, así como con el principio de igualdad.

2.5. Categorías de los trabajadores en construcción civil

El Decreto Supremo de 02 de Marzo de 1945, establece la clasificación de los obreros de construcción civil en operarios, oficiales y peones, lo que se encuentra más ampliamente desarrollado en el Capítulo III referido al régimen legal del Título II de la presente investigación, por lo que nos remitimos a él.

CAPITULO II

EL DERECHO INTERNACIONAL RELACIONADO AL REGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

1. EL JUS COGENS LABORAL: Los Derechos Humanos laborales recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional General.

Como señala Canessa Montejo⁶⁴ El jus cogens en el Derecho Internacional General constituyen las normas imperativas en el derecho internacional, encontrándose la definición formal en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General. Para los efectos de la presente convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*. La definición señalada claramente establece la preeminencia de las normas imperativas del derecho internacional general, sobre cualquier otra, lo que incluye a las normas internas de los países que han ratificado tales convenios como en este caso lo es en el Perú.

El jus cogens laboral, en el listado de normas imperativas destacan la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial; sin embargo como señala Canessa Montejo, esto se trataría de una interpretación restrictiva ante la propia evolución de la práctica internacional, por lo que se estima que los derechos humanos en general gozan de ser obligaciones erga omnes, ello conforme a la resolución del congreso de Santiago de Compostela de 1989.

Por otro lado, en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado, se establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, los que conforme señala el Tribunal Constitucional⁶⁵, detentan rango constitucional los tratados, guardando así correspondencia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria

⁶⁴ CANESSA MONTEJO, Miguel. “EL JUS COGENS LABORAL: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del derecho internacional general”, en Homenaje Aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, editorial El Buho E.I.R.L., Lima 2013, pp. 19-44.

⁶⁵ STC. NRO. 0047-2004-AI-TC Fundamento 61

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

Se tiene también la STC Nro. 5854-2005-PA/TC Fundamento 23 *“Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, debe ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos Constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”*. (...)

Siendo así, los Tratados y Convenios Internacionales que el Perú ha suscrito, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y deben ser interpretados de conformidad con los instrumentos internacionales especialmente aludidos en la parte final del acápite anterior. Resulta pertinente aquí aludir al artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto a que los estados partes, se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre ejercicio a toda persona que este sujeto a su jurisdicción; igualmente, también es pertinente citar al artículo 29 del mismo instrumento referido a las normas de interpretación, en cuanto a que ninguna disposición de dicha convención pueda ser interpretada en el sentido de suprimir, limitar, excluir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención, más allá en todo caso de la limitación en ella misma previstas.

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales, señala Landa Arroyo citando a Mauro Cappelletti⁶⁶, *“De cualquier manera, junto al sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales se ha formado un sistema internacional, con progresiva fuerza normativa y jurisdiccional, para la defensa y desarrollo de los derechos de las personas”*. Es evidente que se tratan de sistemas complementarios y no excluyentes el uno del otro.

⁶⁶ LANDA ARROYO, César. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Palestra Editores S.A.C., Lima 2005, p. 15

2. TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR EL PERÚ

Al analizar en el Título I Capítulo I lo relacionado al principio de igualdad, ya se ha hecho alusión al artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por tanto en esta parte se señala que los mismos evidentemente forman parte de los tratados suscritos por el Perú y que tienen directa relación con el contenido de la presente investigación; en consecuencia, ahora se hará referencia a otros preceptos normativos igualmente vinculados.

2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁷

El artículo 23 establece lo siguiente:

1. *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.*

De lo señalado, es absolutamente pertinente resaltar, en cuanto al derecho humano de toda persona a que en el trabajo tenga condiciones equitativas y satisfactorias, ya que ello se sustenta en el principio de igualdad, que es un derecho fundamental y que forma parte del *jus cogens*.

2. *“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.*

Debemos aquí resaltar lo que se establece en relación al derecho a igual salario, salvo que evidentemente existan circunstancias, condiciones que justifiquen un trato distinto; sin embargo si no fuera así, estaríamos frente a supuestos de arbitrariedad más aun en los casos en los que esté involucrado la administración pública, ya que como se sabe, la misma tiene la obligación de dar un trato igual.

3. *“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.*

⁶⁷ Aprobada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa Nro. 13282 del 9 de diciembre de 1959

Resaltamos el derecho no solo a una remuneración equitativa y satisfactoria, de toda persona que trabaja, si no que ello está además vinculado a la dignidad humana, por lo que distinciones injustificadas agreden a lo establecido en este tratado.

4. *“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.*

El derecho de sindicación en sus dos manifestaciones, el de constituir organizaciones sindicales, y el de incorporarse a ellas, también resulta un derecho fundamental; sin embargo si no se da las condiciones adecuadas para su protección, igualmente se la agrede.

2.2. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”⁶⁸.

El artículo 7 establece condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, para lo cual los Estados partes en tal protocolo, garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular en sus incisos a) y e) lo siguiente:

“a) Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decoroso para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

“e) La seguridad e higiene en el trabajo”.

El artículo 8 del indicado Protocolo, está referido a los derechos sindicales, esto es, a garantizar por los Estados partes, el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, formar federaciones, confederaciones; también se deberá garantizar el derecho a la huelga.

El artículo 9 está referido al derecho a la seguridad social, precisándose en el literal 1) que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente

⁶⁸ Suscrito en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988 en el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de la asamblea general. Aprobado mediante Resolución Legislativa Nro. 26448 del 28 de abril de 1995.

para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, lo que en caso de muerte también se aplicara las prestaciones de seguridad social a sus dependientes. En el literal 2 se refiere a que cuando se encuentran trabajando las personas, la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en caso de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional.

De lo precisado se tiene que el Protocolo indicado, consigna dentro del derecho a la seguridad social, la protección contra las consecuencias de la vejez de la incapacidad, del caso de muerte, de atención médica, de jubilación, todo lo que resulta sumamente importante para la persona del trabajador e incluso de sus dependientes en caso fallezca.

2.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁹

Artículo 7

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

⁶⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la asamblea general en su resolución del 16 de diciembre de 1966. Entro en vigor el 3 de Enero de 1976, de conformidad con su artículo 27. Fue aprobado mediante Decreto Ley 22129 publicado el 29 de Marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de Abril de 1978, se depositó el 28 de Abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario y se encuentra vigente desde el 28 de Julio de 1978.

El artículo aludido resulta particularmente importante para la presente investigación, en lo establecido en el inciso a) numeral i), por cuanto se reconoce el derecho a una remuneración equitativa e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie. La expresión de igual trabajo por trabajo de igual valor, ciertamente es mucho más rica, por cuanto propugna no solamente remuneraciones iguales para trabajadores que desarrollan igual trabajo, sino además, aquellas labores que sin ser iguales, tengan valorativamente una equivalencia.

Artículo 8

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”

Queremos resaltar del artículo antes citado, que uno de los derechos fundamentales es el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección; en otras palabras, ello constituye el contenido esencial de derecho a la libertad sindical, toda vez que no solamente está dirigido a proteger el derecho de los trabajadores en estricto si no también en cuanto contribuye a una sociedad democrática.

Artículo 9

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

La seguridad social está referida a la seguridad en salud y a la seguridad en materia previsional, de modo que abarca tal derecho fundamental a ambos aspectos.

En relación a lo primero, a la seguridad en salud, lo que se protege es el derecho que tiene la persona de tener un seguro de salud, atención médica, hospitalaria, así como prestaciones económicas ante determinadas contingencias, como incapacidad temporal entre otros supuestos, permitiéndole así a la persona un mínimo de protección para su normal desarrollo.

En cuanto a la seguridad en materia previsional, su contenido más significativo, está referido a que la persona pueda tener protección al término de su vida laboral, contando con una pensión que le permita vivir con dignidad y decorosamente hasta sus últimos días.

2.4. Convenios de la OIT ratificados por el Estado peruano

2.4.1. Aspectos generales

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el organismo mundial que se ocupa de todos los asuntos relacionados con el trabajo en el mundo. Es un organismo especializado de las Naciones Unidas, encargándose desde el año 1919 de establecer reglas en materia de empleo, a fin de asegurar que el progreso económico esté en sintonía con la justicia social, la prosperidad y la paz para todos.

Dichas reglas, llamadas *normas internacionales del trabajo*, resultan ser instrumentos jurídicos que definen las normas básicas mínimas en el mundo del trabajo, las cuales han sido redactadas de forma tripartita por representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores y en consecuencia representan, los principios

relacionados con las cuestiones laborales de las principales partes interesadas en la economía global. Como instrumentos de la ley que pueden ser adoptados por los gobiernos, las normas son parte del marco jurídico que ha creado la comunidad internacional para hacer frente a los efectos de la globalización, siendo utilizados también como pautas de orientación para las organizaciones, las empresas y los individuos interesados en los principios y derechos básicos en el trabajo.

Hay dos tipos de normas internacionales del trabajo: los *convenios* y las *recomendaciones*. Los convenios son tratados internacionales jurídicamente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros de la OIT. En cambio las recomendaciones son orientaciones no vinculantes que a menudo ofrecen sugerencias pormenorizadas sobre cómo podrían aplicarse los convenios, pudiendo ser autónomas, es decir, no vinculadas a ningún convenio.

Estando claramente determinada la función que desempeña la OIT en el mundo del derecho del trabajo, a través de sus normas internacionales –convenios–, pasaremos a plasmar algunos que resultan relevantes para el desarrollo de la presente investigación.

2.4.2. Convenio Nro. 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina.

El Convenio Nro. 100 OIT, fue adoptado el 29 de junio de 1951 por la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo en su trigésima cuarta reunión, entrando en vigor el día 23 de mayo de 1953, de conformidad con su artículo 6°, siendo aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativo Nro. 13284 de fecha 09 de diciembre de 1959, instrumento de ratificación depositado el día 01 de febrero de 1960 y vigente desde el 01 de febrero de 1961.

En el referido convenio, se estableció en su artículo 1° lo siguiente: “*A los efectos del presente Convenio: a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo*”; y, en su artículo 2° señalo que: “*1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos*

vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios”.

La doctrina concuerda en considerar al Convenio N° 100 como uno de los convenios fundamentales de la OIT, pues como se ha reseñado en el párrafo anterior a través del mismo se garantiza el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, sin distinción alguno. Así, pues se exige a los Estados miembros que los han ratificado, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Se puede apreciar de la redacción del convenio que el término “remuneración”, recibe una amplia definición, ya que este comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, así como cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último. Asimismo, el término “igual valor” significa que los hombres y las mujeres que tienen diferentes posiciones deberían ser igualmente remunerados si el contenido de sus tareas es objetivamente del mismo valor. De acuerdo con este concepto, el Convenio N° 100 requiere que los Estados Miembros evalúen el valor de las diferentes tareas para poner fin a la subestimación de las llevadas a cabo principalmente por las mujeres.

Por otro lado, debemos destacar primordialmente del Convenio Nro. 100 de la OIT, la mención al principio-derecho a la igualdad, que en nuestra Constitución Política, se ha reconocido en el artículo 2º, numeral 2), dentro del Capítulo correspondiente a los Derechos Fundamentales de la Persona, en el Título De la Persona y de la Sociedad, señalando que: *“Toda persona tiene derecho a: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquiera otra índole.”*

Bajo este marco, el Tribunal Constitucional sobre el principio-derecho a la igualdad en el Fundamento Jurídico Nro. 39⁷⁰ ha determinado que: “(...), la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.

También, el máximo intérprete de la Constitución⁷¹, refiriéndose a la doble dimensión del principio-derecho a la igualdad, se ha pronunciado en el siguiente sentido: “(...) En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes. Una cuestión de vital trascendencia con respecto al principio de Igualdad, es que ha quedado clara la proscripción de todo trato discriminatorio, mas no así el tratamiento diferenciado, que bajo ciertos esquemas y parámetros es permitido, pues no se debe perder de vista que no todo trato diferente ostenta la característica de ser discriminatorio. La discriminación se produce cuando ese trato diferente carece de razones que lo justifiquen. En la medida que la Igualdad, además de ser un principio rector del ordenamiento, constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de

⁷⁰www.tc.gob.pe STC NRO. 0048-2004-AI/TC

⁷¹www.tc.gob.pe STC NRO. 00045-2004-PI/TC, Fundamento Jurídico Nro. 20

discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad.”

Podemos ver entonces, que la igualdad, no solamente es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política del Estado, sino que además debe apreciarse como un principio, el cual rige la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos, afirmando el Tribunal Constitucional que no toda desigualdad configura necesariamente una discriminación, ya que no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales, en el sentido que la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

Ahora bien en cuanto a la remuneración, el artículo 24° de la Constitución Política del Estado ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales.

Así pues, el Tribunal Constitucional⁷² en relación a la remuneración como derecho fundamental y su trato igualitario, haciendo referencia al Convenio Nro. 100 de la OIT, entre otras normas supranacionales o internacionales, concluye lo siguiente: *“En el plano internacional este derecho fundamental guarda igual coherencia y relación con lo recogido en el artículo 23° numeral 2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Artículo 23(...).2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una*

⁷²www.tc.gob.pe STC NRO. 04922-2007-AA/TC Fundamento jurídico Nro. 7 de 18-10-2007

*remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7° ha señalado con respecto a este derecho: **Artículo 7°:** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. (...). De igual manera, el Convenio OIT Nro. 100, sobre la igualdad de remuneración establece en su artículo 2.1 lo siguiente: **Artículo 2.1.** Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.⁸ En tal sentido se infiere de los tratados de Derechos Humanos referidos a los que se hace mención que la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo. En efecto se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la remuneración como derecho fundamental de la persona humana”. (Negrita agregada).*

En conclusión, se advierte que el Convenio Nro. 100 de la OIT, se fundamenta en dos derechos fundamentales, como el de igualdad, el que además recibe la categoría de principio rector del Estado Social de Derecho, y el derecho a la remuneración, que guarda una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, siendo la remuneración de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana.

2.4.3. El Convenio Nro. 62 de la OIT sobre las prescripciones de seguridad

El Convenio Nro. 62 de la OIT relativo a las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación, fue adoptado en Ginebra el 23 de Junio de 1937 y aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativo Nro. 14033 del 22 de Febrero de 1962 (instrumento de ratificación depositado el 04 de abril de 1962)

Sobre dicho convenio, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptó el referido convenio como se ha señalado con fecha 23 de junio de 1937, considerando los graves riesgos de accidentes que presenta la industria de la edificación, siendo necesario reducir los mismos, por motivos de orden humanitario y económicos, habiendo por ello, decidido aprobar diversas proposiciones relativas a las prescripciones de seguridad para los trabajadores de la industria de la edificación, en lo que concierne a los andamiajes y aparatos elevadores, así como se consideró apropiado uniformar las prescripciones mínimas de seguridad, sin imponer obligaciones de aplicación general demasiado rígidas.

Es así, que el artículo 1° del Convenio Nro. 62, señala que: *“1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a mantener en vigor una legislación: a. que garantice la aplicación de las disposiciones generales establecidas en las partes II, III y IV del presente Convenio; y b. que faculte a una autoridad competente para dictar reglamentos destinados a dar cumplimiento, siempre que sea posible y conveniente, habida cuenta de las circunstancias nacionales, a disposiciones idénticas o equivalentes a las del reglamento-tipo anexo a la Recomendación sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937, o a las de cualquier reglamento-tipo revisado que ulteriormente recomiende la Conferencia Internacional del Trabajo. (...)”*.

En efecto, podemos apreciar que el convenio materia de comentario, vincula a los países que los adopten a garantizar una legislación para la aplicación de las disposiciones generales establecidas en las partes II, III y IV del Convenio en comentario, esto es, aquellas relacionadas a los andamiajes, aparatos elevadores, equipos de protección y primeros auxilios, disposiciones que están destinadas a proteger a los trabajadores de los riesgos que conlleva las labores en la industria de la edificación. Por otra parte, también se desprende de la regulación contenida en el

convenio, que la legislación debe estar dirigida, a que los países miembros faculten o autoricen a la autoridad competente dictar reglamentos a efecto de dar cumplimiento a las disposiciones generales que contienen las partes del convenio anteriormente señaladas.

En este sentido, se infiere de la parte II del Convenio que desarrolla disposiciones sobre andamiajes, que los mismos deberán proveerse a los trabajadores adecuadamente en todos los trabajos que resulten peligrosos si se realizan con escaleras de mano u otros medios, además de no construirse, desmontarse o modificarse considerablemente, a no ser bajo la dirección de una persona competente y responsable; y siempre que sea posible, por trabajadores calificados y acostumbrados a este género de trabajo; también, estipula su construcción con materiales de buena calidad, ser resistentes y conservarse en buen estado; y, finalmente, en cuanto a la plataforma de trabajo, pasarelas y escaleras, señala que deben construirse sin que ninguna de sus partes pueda sufrir una flexión exagerada o desigual, así como construirse y conservarse en forma tal que reduzcan, dentro de lo posible, los riesgos de tropiezo o resbalón de las personas, manteniéndose libres de todo obstáculo inútil, con el objeto de garantizar la seguridad de los trabajadores.

En la parte III del Convenio Nro. 62 OIT, se regulan disposiciones generales sobre los aparatos elevadores, indicando que tales, incluidos sus elementos de sujeción, anclaje y sustentación, deberán ser de buena construcción mecánica, estar hechos con materiales sólidos, tener una resistencia adecuada y estar exentos de defectos manifiestos, además de ser mantenido en buen estado de conservación y funcionamiento. Agrega, que todo cable utilizado para izar o descender materiales, o como medio de suspensión, deberá ser de buena calidad, suficientemente resistente, y estar exento de defectos manifiestos. Asimismo, el citado convenio en la parte aludida, prescribe que las máquinas y los dispositivos elevadores deberán ser examinados y ensayados debidamente después de su montaje en el tajo y antes de ser utilizados, así como deberán ser reexaminados periódicamente en sus emplazamientos con la frecuencia que determine la legislación nacional de los países miembros y ratificadores de la norma internacional.

Por otro lado, dispone que todo conductor de grúa o de otro aparato elevador, deberá estar debidamente calificado para ejercer su trabajo, no pudiendo emplear personas que no hayan alcanzado la edad mínima que fije la legislación nacional para manejar

aparatos elevadores, comprendidos los tornos de andamiaje, o para transmitir señales al conductor. Finalmente, establece que deberá determinarse, por medios apropiados, la carga útil admisible de los aparatos elevadores, cadenas, anillos, garfios, manguitos, poleas o eslabones giratorios utilizados para izar o descender materiales o como medio de suspensión.

Ahora, en la parte IV del Convenio Nro. 62, se establece disposiciones relativas al equipo de protección y primeros auxilios, señalando que todo el equipo necesario de protección personal deberá estar a disposición de las personas empleadas en el tajo, y deberá conservarse siempre en condiciones que permitan su uso inmediato, estando obligados los trabajadores a utilizar el equipo puesto a su disposición y los empleadores deberán velar por que los interesados hagan del mismo un uso prudente. También, se dispone que cuando los trabajos se efectúen en las proximidades de cualquier lugar donde haya peligro de ahogarse, se deberá proveer el equipo necesario, en condiciones que permitan su uso en cualquier momento, adoptándose las medidas necesarias para el rápido salvamento de toda persona en peligro. En cuanto a los primeros auxilios en esta parte del convenio, se establece tomar medidas apropiadas para prestar rápidamente los primeros auxilios a toda persona lesionada durante el trabajo.

Se advierte entonces, que en el Convenio Nro. 62 de la OIT, se adoptan disposiciones prioritariamente dirigidas a garantizar la protección de los trabajadores respecto de los riesgos de la industria de la construcción; establece normas técnicas sobre la utilización de andamiajes, aparatos elevadores, equipos de protección y primeros auxilios, con énfasis en las condiciones y mantenimiento del que deben ser objeto antes y después de su utilización, así como su revisión periódica. Las disposiciones aludidas tienen como objetivo, proteger a los trabajadores de los riesgos y garantizar que los países miembros que ratifiquen este convenio, aprueben una legislación que propiamente incluya aquellas disposiciones como parámetros mínimos, las que por supuesto pueden ser mejoradas por cada país.

2.4.4. El Convenio Nro. 111 OIT sobre la discriminación

El Convenio Nro. 111 OIT relativo a la discriminación en materia de ocupación y empleo, fue aprobado por el Perú mediante Decreto Ley Nro. 17687 de fecha 06 de Junio de 1969 (instrumento de ratificación expedido el día 30 de Junio de 1970) entrando en vigencia el 10 de Agosto de 1970.

El vocablo discriminación en algunas de sus connotaciones significa: diferenciar, excluir, distanciar, por motivos relativos a determinadas características personales de algún individuo o de algún grupo social, con la intención de “impedir o restringir los accesos a las posibilidades, beneficios y ventajas ofrecidas a otros miembros de la Sociedad”⁷³.

Para el Convenio Nro. 111° de la OIT, según el numeral 1, artículo 1°, el término **discriminación** comprende: “(...) (a) *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y, (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados*”.

Por tanto, según lo descrito, la discriminación en el trabajo consiste en una diferencia de trato basada en las características individuales de un individuo, teniendo en cuenta la raza, el sexo, religión, opinión política, etc. y no en su perfil profesional, que puede ser idóneo para el empleo, imponiéndose con ello una desventaja, negándosele ciertos beneficios, prestaciones y oportunidades de que gozan otros miembros de la sociedad. En el convenio Nro. 111 figuran las palabras empleo y ocupación con el propósito de dejar claro de que todos tenemos debemos tener acceso al empleo, así como poder elegir libremente la ocupación. También, se ampara frente a la discriminación de trato y oportunidades tanto a las personas ocupadas como a las que buscan un trabajo. Asimismo, el Convenio prescribe la igualdad de acceso a la formación profesional, ya que sin ella no puede haber igualdad real alguna en la admisión a un empleo o una ocupación.

⁷³ PROULX, Daniel. La Discrimination dans l'emploi. Canadá. Les Éditions y Von Blais Inc., 1993, p. 5.

2.4.5. El Convenio Nro. 87 OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948

El Convenio Nro. 87 OIT ha sido aprobado por Resolución Legislativa Nro. 13281 del 9 de diciembre de 1959.

El Consejo de Administración de la OIT, conforme se precisa en Las Reglas de Juego de la OIT⁷⁴, ha establecido que ocho convenios son “fundamentales”, dentro de los cuales se encuentra la libertad de asociación y de libertad sindical, por tanto se trata de una priorización efectuada por la OIT, respecto de los temas más relevantes de todos los abordados por sus Convenios. En el tema de la libertad sindical, el Convenio Nro. 87 OIT, es sin duda uno de los más importantes.

El principio de libertad sindical se encuentra consagrado también en el artículo 22 numeral 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que nos grafica la importancia y el nivel alcanzado, en atención a estar considerado como un derecho fundamental.

Entre los artículos más relevantes para el tema materia de la presente investigación, tenemos los siguientes:

“Parte I. Libertad Sindical

Artículo 1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes.

Artículo 2. Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

⁷⁴ OIT. Las Reglas de Juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo, Edición Revisada 2009, p. 16

Artículo 8

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Parte II. Protección del Derecho de Sindicación

Artículo 11. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.”

Es pertinente señalar que el Convenio Nro. 87 OIT es uno de los que se encuentran consignados como parte de los que reconocen derechos fundamentales como es el de la libertad sindical.

Los artículos referidos líneas arriba, consagran con toda claridad en principio la obligación de todo miembro, de poner en práctica sus disposiciones; en segundo lugar, el derecho de constituir organizaciones sindicales, así como el de afiliarse libremente; en tercer lugar, que las autoridades públicas no deben en modo alguno entorpecer el ejercicio de aquellos derechos; en cuarto lugar, que el legislador no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas en este Convenio, lo que implica que también los Jueces en sus decisiones jurisdiccionales, no deben afectar aquellas garantías.

Es importante precisar que no solo el legislador no deberá menoscabar, entorpecer el ejercicio de los derechos aludidos, sino también en su aplicación, lo que supone en esta parte, que los Jueces al resolver casos concretos, tampoco deben afectar en los términos señalados, la libertad sindical; así por ejemplo, si la decisión judicial termina restringiendo, entorpeciendo, menoscabando el derecho fundamental a la libertad sindical, en todo o en parte, se estaría afectando a lo consagrado en el Convenio aludido.

2.4.6. El Convenio Nro. 98 OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva

El Convenio Nro. 98 de la OIT relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nro. 14712 de

fecha 15 de noviembre de 1963, Instrumento de Ratificación depositado el 13 de marzo de 1964 y vigente a partir del 11 de marzo de 1965, por tanto, forma parte del ordenamiento jurídico del Perú.

En el ámbito de los instrumentos elaborados por la OIT, la negociación colectiva es concebida como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo, contrato o convenio colectivo que den respuesta a los distintos intereses de las partes, fijando formas equitativas para la distribución de las cargas y beneficios y de los derechos y obligaciones, es decir, constituye el principal instrumento para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en la relación laboral.

Por dicha razón, en el subpárrafo 1, del párrafo 2 de la Recomendación Nro. 91, la OIT define al contrato colectivo como *“todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores (...)”*.

De este modo, la negociación colectiva, entendida como cualquier forma de discusión o dialogo, tanto formal como informal, destinada a lograr un acuerdo, tiene por objeto, conforme lo señala el artículo 4° del Convenio Nro. 98, reglamentar, por medio de acuerdos, contratos o convenios colectivos, las condiciones del empleo.

A tal efecto, es necesario remitirnos al artículo 2° del Convenio Nro. 154, la OIT define a la negociación colectiva como todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

En buena cuenta, para los Convenios Nro. 98, Nro. 151 y Nro. 154 y la Recomendación Nro. 91, la negociación colectiva es concebida como el procedimiento que permite generar acuerdos y formalizar compromisos que den respuesta a los distintos intereses de los empleadores y trabajadores. Por ello, el contenido de la negociación colectiva o las materias objeto de negociación se centran en las condiciones de trabajo y de empleo

en un sentido amplio, y en la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores y sus respectivas organizaciones.

El Convenio Nro. 98 de la OIT estipula la protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, la protección de las organizaciones de trabajadores y de empleadores contra actos de injerencia de unas respecto de otras. Por ello, en su artículo 1° señala literalmente que: *“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.”*; en su artículo 2° prescribe que: *“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”*; y, en su artículo 3° establece que: *“Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes”*.

En resumen de los artículos citados podemos inferir lo siguiente: a) Protección contra la discriminación en el empleo. Los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo. Esta protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto sujetar al trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o que deje de ser miembro de éste, o despedirlo o perjudicarlo de cualquier forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en las actividades sindicales; y, b) Protección de los actos de injerencia recíproca entre las organizaciones

de empleadores y de trabajadores. Las organizaciones de los trabajadores y los empleadores deberán gozar de la adecuada protección de todo acto de injerencia de una respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros en su constitución, funcionamiento o administración. Se consideran actos de injerencia, principalmente, las medidas que tienden a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o el sostener económicamente, o de otra forma, organizaciones de trabajadores con el objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Por otra parte, el artículo 4° del Convenio Colectivo Nro. 98 establece que: *“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”*. Es así que, el principio de la negociación libre y voluntaria se encuentra reconocido en el artículo anteriormente citado, según el cual para que la negociación colectiva sea eficaz, debe tener carácter voluntario y no estar mediado por medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de la negociación. Por dicha razón, en el artículo 4° del convenio referido, con carácter promocional, se postula que los procedimientos de negociación voluntaria deben ser estimulados y fomentados.

En virtud de este principio, el Estado no puede ni debe imponer, coercitivamente, un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención estatal que claramente atentaría no sólo contra el principio de la negociación libre y voluntaria, sino también contra los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. No obstante, ello no impide que el Estado pueda prever legislativamente mecanismos de auxilio a la negociación, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje, ni órganos de control que tengan por finalidad facilitar las negociaciones.

Al respecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia Nro. 03561-2009-PA/TC en su Fundamento 13 determina que: *“(…) En buena cuenta, el principio de la negociación libre y voluntaria incluye: a) la libertad para negociar, entendida como la libertad de elegir entre acudir o no a negociar y de negociar con una o con otra organización*

sindical, y b) la libertad para convenir, entendida como la libertad para ponerse o no de acuerdo durante la negociación. Por dicha razón, puede concluirse que los convenios de la OIT sobre negociación colectiva no imponen la obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni obligan a los Estados a imponer coercitivamente la negociación colectiva; sin embargo, ello no debe entenderse como que los Estados tengan que abstenerse de adoptar medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva que hayan establecido". Es así, que el máximo intérprete de la Constitución, determina que el principio de la negociación libre y voluntaria incluye la libertad para negociar y la libertad para convenir, las cuales en el marco de los convenios de la OIT, no imponen una obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni se obliga a que los Estados impongan coercitivamente la negociación colectiva, sino más bien esta debe promoverse y estimularse para la solución de los conflictos laborales.

3. Análisis conclusivo

En principio, debe tenerse presente que las normas internacionales aludidas anteriormente, son imperativas en nuestro país ya que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, más aun que forman parte de los derechos humanos fundamentales de la persona.

En las normas internacionales aludidas, se reconoce el derecho a la igualdad, derecho de igualdad de remuneraciones ante trabajos de igual valor, el derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, el derecho a la seguridad social, los que ciertamente deben ser respetados, más aun si es el Estado el obligado en su condición adicional de empleador.

CAPITULO III

RÉGIMEN LEGAL. ANALISIS JURÍDICO DE NORMAS EN CONFLICTO

1. PRINCIPALES NORMAS QUE CARACTERIZAN AL RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

Las principales disposiciones legales, derechos y beneficios referidos al régimen laboral de construcción civil y que resultan relevantes para coadyuvar en el análisis que se realiza en la presente investigación son:

1.1. Decreto Supremo de 20 de enero de 1921

El Decreto Supremo de 20 de enero de 1921, regula las obligaciones que deben cumplir los constructores para garantizar los derechos y beneficios de los obreros de construcción civil.

Así el artículo 1° del citado Decreto Supremo, establece que *“Los dueños o conductores de empresas de reparación, construcción o desmonte, los establecimientos industriales, particulares o contratistas que convengan con un sub contratista o destajero entregar una obra o parte de ella para que la efectúen por su cuenta están obligados a: 1) A suscribir, por duplicado, el contrato que pacten y entregar una copia al sub-contratista. 2) A sufragar por día, semana o quincena el valor del número de jornales que los obreros del destajero hayan realizado siempre que las planillas que éste presente, estén visadas por el sobrestante, maestro o capataz autorizado para tal objeto. 3) Llevar una cuenta detallada del dinero que abone el destajero y conservar las planillas de pago que directamente haga a los obreros, las cuales deberán ser firmadas por cada una de éstos”*.

El artículo 2° señala que *“Los subcontratistas o destajeros que se comprometan a realizar por su cuenta los trabajos en que aprovechan los servicios de uno o más obreros están obligados a: 1) A suscribir, por duplicado, el contrato de trabajo que han pactado, quedándose con un ejemplar del convenio. 2) A abonar el jornal diario que hayan contratado o sea costumbre pagar a los operarios que trabajan. 3) A llevar sus planillas de pagos y razón detallada de los trabajadores que han hecho o estén realizando en los destajos o contratos a que dichas planillas se refieren.”*.

Como podemos observar, los artículos aludidos regulan básicamente las obligaciones que asumen, en un primer nivel el dueño de la obra, empresa de construcción, particular o contratista con el subcontratista o destajero que por su cuenta efectuará la obra; y en segundo nivel, el subcontratista con los obreros, obligaciones referidas a la suscripción de un contrato, a llevar planillas de pago y efectuar el pago del jornal diario o semanal según se haya contratado, buscando con el ello garantizar los beneficios y derechos de los obreros de construcción civil.

1.2. Decreto Supremo de 02 de marzo de 1945. Categorías

El Decreto Supremo de 02 de marzo de 1945, establece la clasificación de los obreros de construcción civil en operarios, oficiales y peones. Así, el artículo 2° de la referida norma describe las categorías anteriormente señaladas de la siguiente forma:

a) Operarios: A los albañiles, carpinteros, fierros, pintores, electricistas, gasfiteros, plomeros, almaceneros, choferes, mecánicos y demás trabajadores calificados en el ramo. También, en esta categoría considera a los maquinistas que desempeñan las funciones de operarios mezcladores, concreteros y wincheros.

b) Ayudantes u Oficiales: A los trabajadores que desempeñan las mismas ocupaciones pero que laboren como auxiliares del operario que tenga a su cargo la responsabilidad de la tarea y que hubieran alcanzado plena calificación en la especialidad. En esta categoría de oficiales están comprendidos los guardianes; y,

c) Peones: A los trabajadores no calificados que son ocupados indistintamente en diversas tareas de la industria.

Asimismo, el artículo 1° de la norma aludida prescribió los salarios mínimos que deberán percibir los trabajadores de construcción civil, teniendo en cuenta las categorías señaladas así como por jornada de ocho horas.

El Tribunal Constitucional⁷⁵ en relación a las categorías de los trabajadores de construcción civil puntualiza lo siguiente: “*Que en concordancia con las disposiciones laborales pertinentes, los trabajadores del régimen de construcción civil se encuentran comprendidos en las siguientes categorías: a) operarios; b) ayudantes u oficiales, y c) peones. En la primera y mayor categoría se encuentran los albañiles, carpinteros, fierros, pintores, electricistas, gasfiteros, plomeros, almaceneros y choferes, así como*

⁷⁵STC NRO. 01216-2008-PA/TC, Fundamento 4.

los maquinistas cuando desempeñan las funciones de operarios mezcladores, concreteros y wincheros, los mecánicos y todos los calificados en una especialidad del ramo, como los que se dedican a la construcción de puentes, caminos y túneles. Ayudantes u oficiales son los trabajadores que se desempeñan como ayudantes de los operarios en calidad de auxiliares de ellos por no haber alcanzado calificación en la especialidad. Los peones son los trabajadores no calificados que son ocupados en diversas tareas de la actividad constructora. (...)”.

Es de destacar que las categorías establecidas en dicho Decreto Supremo, a pesar de su antigüedad de promulgación, tienen plena vigencia y siguen siendo aplicadas en la actualidad, sirviendo principalmente para determinar los salarios de los trabajadores en base a montos determinados que contemporáneamente son el resultado del Convenio Colectivo celebrado entre la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) y la Federación de Trabajadores de Construcción Civil del Perú (FTCCP).

1.3. Resolución Suprema Nro. 27 D.T. de 15 de marzo de 1958. Solidaridad

La Resolución Suprema Nro. 27 D.T. de 15 de marzo de 1958, estableció en su punto primero: *“El dueño de la obra es responsable solidariamente con los contratistas, subcontratistas o destajeros que tome a su cargo para la ejecución de la obra o parte de ella, por el incumplimiento de las obligaciones salariales y económicas correspondientes.”* Siendo así se estableció la **responsabilidad solidaria del dueño de la obra** con los contratistas, subcontratistas o destajeros que tome a su cargo para la ejecución de la obra o parte de ella por el incumplimiento de sus obligaciones salariales y económicas correspondientes.

También dispuso que los contratistas, subcontratistas o destajeros deban ofrecer garantías suficientes que responda, dentro de los términos de sus respectivos contratos, el pago oportuno de los beneficios referidos en el párrafo precedente.

Es así, que la norma claramente establece que el dueño de la obra es responsable solidario con los contratistas por el incumplimiento de las obligaciones laborales, extendiéndose la solidaridad a los subcontratistas o destajeros según sea el caso. Así también, los contratistas, subcontratistas o destajeros deberán incluir en los contratos que celebren, *“cláusulas de garantía”* con el objeto de garantizar el pago oportuno de los

beneficios salariales y económicos correspondientes, según lo dispone el artículo 2^o⁷⁶ de la Resolución Suprema Nro. 27-58-DT.

En la aplicación de la Resolución Suprema Nro. 27, existieron temperamentos contrapuestos, en especial cuando el dueño de la obra es el Estado. Un criterio estimaba que la Resolución Suprema Nro. 27 debía ser aplicada, *con carácter general*, a todos los propietarios de las obras, pertenezcan éstos al sector privado o público, por tratarse de una norma laboral de carácter especial y que su aplicación debe enmarcarse dentro del principio de igualdad, además de que no se oponía al Decreto Supremo Nro. 083-2004-PCM Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y no haber sido derogada expresa ni tácitamente por otra norma. En sentido antagónico, se planteaba que no eran responsables solidarios las entidades públicas, en virtud del artículo 212° del Decreto Supremo Nro. 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente hasta la promulgación del Decreto Legislativo Nro. 1017, que establecía que los contratistas son responsables exclusivos de sus obligaciones laborales y pago de aportaciones de su personal, excluyendo expresamente a las entidades públicas de responsabilidad en relación al cumplimiento de tales obligaciones. Tal discusión ha sido superada, en atención a que ni en la vigente Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo Nro. 1017 ni en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 184-2008-EF, se ha colocado tal exclusión de responsabilidad de las entidades públicas en relación a la deuda laboral, particularmente en el artículo 154 que regula el tema de la responsabilidad de carácter laboral; por tanto, corresponde aplicar la solidaridad que recoge la Resolución Suprema Nro. 27 D.T. de 15 de marzo de 1958.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que el *Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral Arequipa 2007*⁷⁷, en esta línea acordó por mayoría en el Tema 1, que: “*La responsabilidad solidaria se aplica con carácter general a todos los propietarios de las obras de construcción civil, respecto del cumplimiento de las obligaciones salariales y económicas del personal de los contratistas, sean aquellos privados o públicos*”; es decir, no se formuló distinción alguna entre los propietarios de obras, privados o

⁷⁶**Artículo 2°:** Los contratistas, sub-contratistas y destajeros, deben ofrecer garantía suficiente que responda, dentro de los términos de sus respectivos contratos del pago oportuno de los beneficios a que se refiere el punto anterior.

⁷⁷www.pj.gob.pe/CIJ/plenosjurisdiccionales.

públicos, ello apelando a un principio de igualdad y de protección a los derechos laborales de los trabajadores.

En definitiva, la norma aludida es particularmente importante, por cuanto si la administración pública es también responsable solidario de las deudas laborales contraídas por sus contratistas, entonces significa que responde conforme a las normas del Régimen Especial de Construcción Civil, ya que ese es el régimen que corresponde cuando el empleador es privado conforme lo prevé el Decreto Legislativo Nro. 727.

2. ALGUNOS ASPECTOS DEL SISTEMA REMUNERATIVO Y DE BENEFICIOS SOCIALES DEL TRABAJADOR DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

Solo de manera referencial, a continuación precisaremos algunos aspectos particulares del sistema remunerativo y de beneficios sociales de los trabajadores sujetos al régimen de construcción civil, estando a que ello solo es para graficar tal situación y por tanto, el hecho concreto de que si un trabajador no es contratado dentro de tal régimen, también se le está privando de tal sistema remunerativo y de beneficios. Claro está, las remuneraciones y beneficios sociales, en sí mismo no es objeto de investigación.

Como se ha expresado en el Capítulo I, la regulación de las remuneraciones así como de la mayor parte de beneficios y condiciones de trabajo, emanan de convenios colectivos celebrados entre la representación de las empresas dedicadas a la industria de la construcción y la representación de los trabajadores de este régimen especial. A continuación precisaremos los más importantes, por cuanto no es el objeto de estudio los conceptos en sí mismos, sino su utilidad es para graficar que existe un sistema remunerativo diferenciado al régimen común, que está adecuado a la particularidad del trabajo en construcción civil. Así tenemos lo siguiente.

a) Jornales básicos.- Tales jornales corresponden de manera diferenciada al operario, oficial y peón, siendo el Acta Final de la Negociación Colectiva en Construcción Civil de fecha 17 de julio de 2014, correspondiente al periodo 2014-2015, que establece a partir del 01 de junio del 2014, en S/. 55.60, S/. 46.50 y S/. 41.50 respectivamente a aquellos trabajadores. Se advierte que los montos son muy superiores a la remuneración mínima vigente a aquella época, incluso a la actual.

b) Remuneración de turno corrido.- Aquellos trabajadores que presten sus servicios en turnos corridos diurnos, recibirán ocho horas y media de salario por cada ocho horas de trabajo, con un descanso intermedio de media hora para que se sirvan de sus alimentos. Lo precisado se estableció en el artículo 18 de la Resolución Ministerial Nro. 480 del 20 de marzo de 1964. A diferencia del régimen común, el tiempo de descanso intermedio de media hora, es remunerado en el régimen de construcción civil, mientras que en aquel conforme lo prevé el artículo 7 del Decreto Supremo Nro. 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, no forma parte de la jornada de trabajo ni horario de trabajo.

c) Remuneración por trabajo nocturno.- En este caso se percibirá una bonificación del veinte por ciento del jornal previsto para las ocho horas diarias, pero no se percibirá el pago por la media hora de refrigerio, ya que se entiende que deberá ingerirlo dentro de la jornada nocturna; así mismo, el turno noche se inicia a partir de las 11 de la noche y se extiende hasta las 6 a.m. y el empleador debe otorgar un refrigerio al trabajador consistente en dos sándwiches y medio litro de leche. Lo precisado se estableció mediante Resolución Ministerial Nro. 082 del 25 de abril de 1964, Resolución Ministerial Nro. 072 del 04 de febrero de 1967 y la Resolución Directoral Nro. 100-72-DPRTESS.

Vemos que la bonificación por turno noche, además del refrigerio, tiene su particularidad por cuanto la misma es del 20% sobre el jornal básico, cualquiera que sea el monto, mientras que en el régimen común regulado en el artículo 8 del Decreto Supremo Nro. 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, la sobretasa por trabajo nocturno es del 35% en relación a la remuneración mínima, por lo tanto, si el jornal es muy superior a la remuneración mínima más tal sobretasa, simplemente no le alcanza percibirla, lo que no sucede con el trabajador de construcción civil, ya que percibe la bonificación con prescindencia del monto de su jornal. De hecho, materialmente, estando a la remuneración alzada del trabajador de construcción civil, dentro del régimen común no percibiría tal sobretasa, lo que marca más diferencias favorables para el trabajador del régimen de construcción civil.

d) Sobre tiempo.-

d.1. En horario partido se paga una sobretasa del 100% sobre el jornal básico, en el caso de trabajar durante las 2 horas intermedias.

d.2. En caso de jornada que no supera las 10 horas y antes de las 11.00 de la noche, la sobre tasa será del 60% del jornal básico.

d.3. Luego de la décima hora y antes de las 11.00 de la noche, por cada hora se ´pagara con la sobre tasa del 100% del jornal básico.

d.4. Después de las 11.00 de la noche la sobretasa será fijada de manera convencional.

Lo precisado se estableció en el punto 3 del Convenio Colectivo del 2 de junio de 1946, aprobado por Decreto Supremo del 14 de julio de 1946; y el Pacto Colectivo del 8 de mayo de 1951, punto 1.

En este caso, vemos que también son significativas las diferencias con el régimen común aprobado mediante que recoge el artículo 10 del Decreto Supremo Nro. 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, por cuanto en este supuesto la sobretasa es del 25% por las dos primeras horas y luego por el tiempo que exceda, el 35%, lo que resulta ser muy inferior a las sobretasas del régimen de construcción civil.

e) Descanso semanal obligatorio y días feriados.- La remuneración por descanso semanal es obligatorio y equivale al de una jornada ordinaria diaria y se abonarán en forma directamente proporcional a los días efectivamente laborados. De acuerdo al Convenio Colectivo 2014-2015 el trabajo en días feriados se pagará una asignación especial equivalente al 10% de la bonificación unificada de la construcción (BUC) y al 10% de la Bonificación por Alta Especialización (BAE). Esta asignación tiene sus propias limitaciones y alcances. En relación al descanso semanal obligatorio y los demás feriados legales o los decretados por el gobierno, se aplicará las normas que regulan el régimen laboral de la actividad privada.

Mediante convenio colectivo 2008-2009, se estableció que la bonificación por movilidad para aquel que labora en día domingo o feriado será igual a cuatro pasajes urbanos.

Lo precisado en parte tiene sustento jurídico en los artículos, 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto Legislativo Nro. 713 que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores de la actividad privada.

f) Tratamiento del tiempo perdido.- Mediante Resolución Nro. 176-2014-TR se aprueba el Acta final de la negociación colectiva en construcción civil correspondiente al período 2014-2015, en la que se establece, que en caso de presentarse pérdida de tiempo durante la jornada de trabajo por caso fortuito, fuerza mayor o por cualquier otra circunstancia no imputable a los trabajadores, no afectará a las remuneraciones y demás condiciones de trabajo de estos, procediendo el reconocimiento como trabajo efectivo las referidas suspensiones.

g) Compensación vacacional.-Tienen derecho a 30 días calendarios como descanso vacacional anual, con algunas precisiones en el supuesto de tratarse de un caso de despido y de un caso de renuncia, así como también con precisiones en cuanto al cálculo de tal compensación. Las fuentes formales se encuentran en el Decreto Supremo Nro. 09 del 25 de julio de 1959, la Resolución Suprema Nro. 144-69 del 14 de julio de 1969, Resolución Ministerial Nro. 918 del 06 de agosto de 1965, punto 3 del Acta de fecha 13 de agosto de 1993 y el punto 4 del Convenio Colectivo Nro. 131-2004 del 09 de setiembre de 2004.

La forma tan particular de regularlo, es precisamente por la temporalidad, por la ausencia de estabilidad laboral en el régimen de construcción civil.

h) Compensación por Tiempo de Servicios (CTS).- El Decreto Supremo de 23 de octubre de 1942 fue promulgado, teniendo en consideración que en aquella oportunidad, las leyes sobre indemnizaciones por tiempo de servicios no eran adecuadas a la naturaleza del trabajo en la construcción civil, tanto por la diversidad de las relaciones jurídicas entre los obreros y los propietarios o constructores, como que si bien los obreros trabajaban en obras eventuales o de duración limitada, en muchos casos al servicio continuado de empresas constructoras, y porque sus servicios devengaban tasas indemnizatorias diversas, que era necesario uniformizar para hacer la aplicación regular y general de dichas leyes.

En tal sentido, el artículo 2° del Decreto Supremo de 23 de octubre de 1942, estableció por primera vez el porcentaje que percibirán los trabajadores en construcción civil por

concepto de indemnización o compensación por tiempo de servicios, fijando en 4.8% del monto total de los salarios pagados por trabajos efectuados en horas ordinarias conforme a las planillas respectivas.

Posteriormente por Pacto Colectivo de 21 de julio de 1946, acta de la primera reunión de la Junta Reguladora de Salarios de la Industria de Construcción Civil, creada por Decreto Supremo de 14 de julio de 1946, se elevó la tasa de 4.8% a 12%, porcentaje éste último que regía a los trabajadores de Lima y Callao, fue aplicado a todo el territorio nacional por Decreto Supremo de 05 de Diciembre de 1946.

Por Decreto Supremo de 02 de Noviembre de 1953, se aumentó en 3% el monto indemnizatorio, en compensación por la no aplicación de abono de asignaciones anuales a que se refiere el artículo 7° de la Ley Nro. 11672 (Ley que reguló la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa y que fue derogada por Decreto Legislativo Nro. 892), quedando por tanto elevada al 15% el monto por concepto de indemnización por tiempo de servicios.

En conclusión la compensación por tiempo de servicios es equivalente al 15% de las remuneraciones básicas percibidas por el trabajador durante el tiempo de servicios que laboró para un mismo empleador, a dicho cálculo se le incluyen las horas extras, las cuales son computadas como horas simples y no como sobretasa. A partir del 01 de junio de 1990 por RSD Nro. 450-90-2SD-NEC de fecha 25 de mayo de 1990, se estableció que el cálculo de la compensación por tiempo de servicios se determina aplicando el último jornal vigente a la fecha del cese del trabajador. Para determinar el tiempo de servicios solo se computa los días efectivamente trabajados, no se le incluye los días feriados, los dominicales ni las faltas.

El tema de la compensación por tiempo de servicios está regulado por el artículo 5 del Decreto Supremo del 23 de octubre de 1942, el Decreto Supremo del 05 de diciembre de 1946, Resolución Ministerial Nro. 480 del 20 de marzo de 1964, Resolución Ministerial Nro. 299 del 25 de febrero de 1963, Resolución Sub directoral Nro. 450-90-2SD-NEC del 25 de mayo de 1990, Decreto Supremo Nro. 001-97-TR y el punto 4 del Convenio Colectivo Nro. 131.2004 del 09 de setiembre de 2004.

i) Gratificaciones legales.- Gozan de las gratificaciones por fiestas patrias y navidad, siendo equivalente a 40 jornales básicos, equivalente a un sétimo y un quinto por mes

calendario completo de labor, respectivamente, al corresponder de enero a julio por fiestas patrias y de agosto a diciembre por navidad. Se advierte de lo señalado, que entonces al año tienen por este concepto 80 jornales, a diferencia del trabajador (obrero o empleado) del régimen común que equivale a una remuneración mensual cada gratificación, esto es, 30 jornales por cada una y 60 entre las dos gratificaciones, como se desprende del artículo 2 de la Ley 27735, por tanto, también este concepto es significativamente mayor para los trabajadores del régimen de construcción civil.

El sustento de la forma como está regulado el beneficio indicado, se encuentra en el punto 4 del Acta aprobada por Resolución Sub Directoral Nro. 258-77-911000 del 15 de marzo de 1977; el punto 2 del Acta aprobada por Resolución Sub Directoral Nro. 531-81-911000 del 24 de julio de 1981; punto 4 del Acta aprobada por Resolución Sub Directoral Nro. 155-94—DPSC; Auto Sub Directoral de la SDNC de la DRTPEL que registró el Convenio Colectivo Nro. 131-2004 del 09 de setiembre de 2004.

j) Asignaciones.- Igualmente, existe una regulación especial en cuanto a la asignación por escolaridad, la misma que equivale a 30 jornales básicos por año, por cada hijo hasta los 21 años, la misma que se puede pagar en 12 cuotas durante la última semana de cada mes. El sustento lo encontramos en la Resolución Sub Directoral Nro. 531-81-911000 del 24 de julio de 1981; Resolución Sub Directoral Nro. 711-75-911000 del 23 de abril de 1975; Resolución Sub Directoral Nro. 155-94-DPSC, Decreto de la SDNC de la DRTPEL del 05 de octubre de 2005 que registra el Convenio Colectivo Nro. 101-2005 del 27 de junio de 2006; Convenio Colectivo Nro. 131-2004 del 09 de setiembre de 2004, punto 4; Resolución Ministerial Nro. 115-2006-TR publicada el 07 de setiembre de 2006, punto 3.

Además también se ha regulado la asignación por fallecimiento en el supuesto de que la obra presupuestada sea igual o mayor a 50 UIT, la misma que asciende a una Unidad Impositiva Tributaria, ello conforme a la Resolución Ministerial Nro. 256-2011-TR.

k) Bonificaciones.- Entre las que se aplican tenemos:

k.1. Bonificación Unificada de Construcción (BUC).- Está integrada por varias bonificaciones, como la bonificación por desgaste de ropa y de herramientas, bonificación por alimentación, bonificación por agua potable y la bonificación por especialización. Constituye un porcentaje de la remuneración básica y se otorga por día

laborado, siendo actualmente para el caso de operarios el 32%, para oficiales el 30% y para el caso de peones 30%, según se precisa en la Resolución Directoral Nro. 155-94-DPSC, punto 3.

k.2. Bonificación por Alta Especialización (BAE).- Mediante Convenio Colectivo 2012-2013 se creó la BAE, que se otorga a los que estén debidamente certificados por el empleador o institución educativa para realizar trabajos especializados, variando el porcentaje según se trate de tipo de operario, pero que va del 8% de su jornal básico hasta el 15% del mismo.

k.3. Bonificación por movilidad.- Equivale a 6 pasajes urbanos diarios y a 4 cuando se laboren en domingo o feriado, teniendo sus propias limitaciones en cuanto a sus alcances. Se sustenta en la Resolución Ministerial Nro. 667-73-TR y la Resolución Directoral Nro. 777-87-DR-LIM, punto 1.

k.4. Bonificación por contacto directo con agua.- Se otorga cuando el trabajador realiza su labor en contacto directo con el agua, siendo equivalente al 20% de la remuneración básica, conforme lo prevé la Resolución Ministerial Nro. 480 del 20 de marzo de 1964, punto 5. Mediante el Convenio Colectivo 2007-2008 este beneficio también se extendió a los trabajadores que laboran en contacto directo con aguas servidas en los sistemas de alcantarillado y recolectores.

k.5. Se tiene también regulado bonificación por riesgo de trabajo bajo la cota cero, la bonificación por trabajo en la altura, bonificación por altitud, cada uno con sus propias regulaciones.

l) Permisos remunerados.-Los trabajadores de construcción civil, tienen derecho a permisos remunerados, debiendo ser otorgados obligatoriamente por los empleadores en los siguientes casos: para inscribir el nacimiento de un hijo (Resolución Sub Directoral Nro. 46-SER del 23 de febrero de 1970); duelo (Resolución Ministerial Nro. 480 del 20 de marzo de 1964, artículo 8 y Resolución Sub Directoral Nro. 479-82-911000 del 16 de agosto de 1982 punto 9); por actividades sindicales (Resolución Ministerial Nro. 480 del 20 de marzo de 1964 artículo 10, Decreto Supremo Nro. 10-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo); para atención médica (Convenio Colectivo del 04 de noviembre de 1974 punto 16 y Resolución Sub Directoral Nro. 604-75-911000 del 08 de abril de 1975).

m) Condiciones de trabajo.- Por la naturaleza de la labor que realizan los trabajadores de construcción civil, estos tienen derechos a ciertas condiciones de trabajo como son: refrigerio, agua potable, botiquín, ducha y servicios, uniforme de trabajo, viáticos.

Mediante Convenio Colectivo 2014-2015, se estableció que se solicitará a SENCICO que anualmente el 20% del total recaudado por Aportes de las Empresas Constructoras sea destinado al Programa de Certificación Ocupacional y de Competencias (COCO) y con ello se subsidie los cursos de capacitación de los trabajadores operativos de la construcción en un 90% de sus costos.

Asimismo mediante Convenio Colectivo 2012-2013, se estableció que los trabajadores de construcción tendrán en sus campamentos o instalaciones de obras dispensadores de protección solar cuando las obras se ejecuten en la estación de verano o en zonas de clima soleado.

2.1. Análisis conclusivo

- De las principales normas que caracterizan al Régimen Laboral de Construcción Civil, se desprende que se trata de uno que está referido a regular una situación de hecho diferente al régimen común de la actividad privada, en atención a que son labores de naturaleza temporal, estando a que no tienen estabilidad laboral más allá en todo caso de la obra misma; en segundo lugar, se trata de obras que implican riesgo, condiciones de trabajo generalmente difíciles; en tercer lugar, existe variabilidad en la ubicación geográfica donde se prestan sus servicios, estando a que laboran donde se ejecuten las obras de construcción.

- La situación precisada, ha dado lugar a que en conjunto las remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo en general, sean especiales y superiores a los previstos para los trabajadores del régimen común.

- Las remuneraciones y demás conceptos, están reguladas en algunos casos por normas legales, y en otros muchos casos, por Convenios Colectivos celebrados entre la representación de los empleadores y la de los trabajadores.

3. PRINCIPALES NORMAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL, APLICABLES A LOS TRABAJADORES DEL RÉGIMEN DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

La seguridad social es un derecho humano fundamental y comprende la protección de la salud así como también el referido al aspecto previsional, como lo recoge el contenido del artículo 10 y 11 de la Carta Magna, lo que el Tribunal Constitucional⁷⁸ ha desarrollado de manera más amplia señalando: *“Que, conforme lo enuncia el artículo 10 de la Constitución, el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le “asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos”, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico como ya se establecido en la parte pertinente de la presente investigación, en su artículo 9 reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social, con lo que queda claro que aquella está referida a la seguridad en salud y a la seguridad en materia previsional.

El Convenio Nro. 62 OIT, relativo a las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación, está dirigida a proteger a la salud, integridad del trabajador que labora en tales actividades, con total prescindencia de quien sea el empleador, toda vez que está en relación a la actividad peligrosa y tiene como fin derechos humanos fundamentales, como es precisamente la vida, la salud, la integridad de la persona del trabajador.

De lo señalado, tenemos que la seguridad social, es un derecho humano fundamental, consagrado por la norma de mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico y por los diferentes Tratados Internacionales que el Perú ha ratificado.

3.1. Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo

La Ley Nro. 26790 (17-05-1997) Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece en su artículo 2, que el seguro social de salud otorga cobertura a sus asegurados brindándoseles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y

⁷⁸www.tc.gob.pe.- STC NRO. 0008-1996-AI/TC. Fundamento 10.

subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales. El artículo 4 establece, que para efectos de la aplicación de la presente ley, se entiende por **Entidades Empleadoras a las empresas e instituciones públicas** o privadas que emplean trabajadores bajo relación de dependencia. (Resaltado con negrilla nuestro).

El artículo 19 regula el **Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo**, y otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las **actividades de alto riesgo**, siendo obligatorio y de cargo del empleador, lo que en caso de contingencia cubre el otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y en segundo lugar, el otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. (Negrilla nuestro)

El artículo 5 de las Normas Técnicas del SCTR, aprobado por el Decreto Supremo Nro. 003-98-SA, establece que las Entidades Empleadoras que realizan las actividades de riesgo señaladas en el Anexo 5 del Decreto Supremo Nro. 009-97-SA, están obligadas a contratar el seguro complementario de trabajo de riesgo.

De lo precisado, se tiene entonces que es entidad empleadora las empresas e instituciones públicas o privadas que emplean trabajadores, no hay distinción, no están ni podrían estar excluidas las entidades públicas del cumplimiento de tales normas; en segundo lugar, que el Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo, es obligatorio en razón de la actividad de alto riesgo, no en razón de quien es el empleador público o privado, para el caso de los afiliados regulares.

La construcción es una actividad comprendida en el Seguro antes referido, como consta del ítem 500 y otros del anexo 5 del Decreto Supremo Nro. 009-97-SA Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, con la modificación precisada en el artículo 1 de la Ley Nro. 28081 y la Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo Nro. 003-98-SA que Aprueba Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, por tanto, en razón del tipo de actividad, es obligatoria la inscripción respectiva y además se encuentra en el Nivel de Riesgo III de los cuatro niveles, en el éste último es el mayor riesgo, por lo que también se debe pagar la

aportación con una tasa adicional, sin importar quién es el empleador sino por la actividad de riesgo que significa la construcción.

El artículo 88 del Decreto Supremo Nro. 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece:

“Artículo 88.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo anterior o con la contratación del Seguro Complementario de Riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligado o que contrae coberturas insuficientes, será responsable frente al IPSS o a la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán en caso de siniestro al trabajador afectado, independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador por los daños y perjuicios irrogados.()*

() Artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, publicado el 14.04.98; cuyo texto es el siguiente:*

“Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo anterior o con la contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligado o que contrate coberturas insuficientes será responsable frente al IPSS y la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán, en caso de siniestro al trabajador afectado; independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios irrogados.

La cobertura supletoria de la ONP a que se refiere el párrafo anterior sólo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, siempre y cuando la entidad empleadora se encuentre previamente inscrita en el Registro señalado en el Artículo 87 y dichas prestaciones se deriven de siniestros ocurridos dentro del período de cobertura supletoria de la ONP. En estos casos las prestaciones que se otorguen serán establecidas por la ONP teniendo como referencia el nivel máximo de pensión del Sistema Nacional de Pensiones. La responsabilidad de la Entidad Empleadora por los costos de las prestaciones cubiertas por la ONP es por el valor actualizado de las mismas.

Los Trabajadores a que se refieren los párrafos precedentes y sus beneficiarios, podrán accionar directamente contra la entidad empleadora por cualquier diferencial de beneficios o prestaciones no cubiertas en relación con los que otorga el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que se derive de los incumplimientos a que se hace referencia en el presente artículo.

Así mismo, ()NOTA SPIJ en caso que la Entidad Empleadora omitiera inscribirse en el Registro referido en el Artículo 87, los trabajadores y sus beneficiarios tendrán acción directa contra la Entidad Empleadora por el íntegro de las prestaciones correspondientes a las Coberturas de Invalidez, Sobrevivencia y Gastos de Sepelio del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo."*

Por otro lado, es perfectamente viable la ejecución coactiva por ESSALUD, como se desprende de la Segunda Disposición Final de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, en los casos que se precisa en el artículo 88 de la norma aludida líneas arriba.

La Ley Nro. 29783 de Seguridad y Salud en el Trabajo, recoge el Principio de Prevención en el artículo I del Título Preliminar referido a los principios, con lo que se reafirma que el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestar servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. La misma norma en su artículo II, recoge el principio de responsabilidad, en virtud del cual el empleador, asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él.

Es absolutamente pertinente también precisar, que la Ley Nro. 29783, antes aludida, establece con toda precisión en su artículo 2, que dicha ley es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores, del régimen de la actividad privada y también trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, así como también a trabajadores por cuenta propia. En definitiva, las entidades públicas, se encuentran comprendidas dentro de los alcances de la norma referida.

El Decreto Supremo Nro. 005-2012-TR, Reglamento de la Ley Nro. 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, contiene en su parte final un glosario de términos que resultan pertinentes a continuación consignar, con el fin de tener una idea clara de algunos conceptos, en relación al tema materia de investigación.

“Accidente de Trabajo (AT): Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo. (..)

Actividades, procesos, operaciones o labores de alto riesgo: aquellas que impliquen una probabilidad elevada de ser la causa directa de un daño a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo que realiza. La relación de actividades calificadas como de alto riesgo será establecida por la autoridad competente.

Enfermedad profesional u ocupacional: Es una enfermedad contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo relacionadas al trabajo.

Empleador: Toda persona natural o jurídica, privada o pública, que emplea a uno o varios trabajadores.

Riesgo: Probabilidad de que un peligro se materialice en determinadas condiciones y genere daños a las personas, equipos y al ambiente.

Riesgo Laboral: Probabilidad de que la exposición a un factor o proceso peligroso en el trabajo cause enfermedad o lesión.”

El glosario de términos nos da una idea más completa en relación al tema que venimos abordando.

No puede pasar por alto, que conforme al artículo 168-A del Código Penal, incorporado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nro. 29783, bajo de determinados parámetros de tipificación, constituye delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

3.1.1. Análisis conclusivo

La construcción es una actividad de riesgo, en tal condición, se encuentra incluida en las normas sobre el seguro complementario de trabajo de riesgo, al ser imperativa para tales supuestos sin excepción alguna; entonces, significa que su incumplimiento hace que asuma el empleador, privado o público, toda la responsabilidad en caso de un siniestro cualquiera sea, frente al trabajador y sus beneficiarios, frente a la entidad que eventualmente hubiera prestado alguna atención.

En el caso que la entidad empleadora omitiera inscribirse en el Registro de actividades de alto riesgo, conforme lo prevé el artículo 87 del Decreto Supremo Nro. 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, para los efectos de los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, en el caso de la cobertura supletoria de la ONP, se limita sólo al supuesto que la entidad empleadora se encuentre previamente inscrita en el Registro antes señalado; lo que significa que en el supuesto que la entidad empleadora en definitiva no esté inscrita en el Registro de actividades de alto riesgo, será responsable íntegramente de todo ello frente al trabajador o sus herederos en caso de siniestro.

Las omisiones o cumplimientos insuficientes en la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo por la entidad empleadora, además de lo antes precisado, también está sujeto a las sanciones administrativas correspondientes.

La entidad pública también se encuentra obligada al cumplimiento de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, conforme lo prevé la Ley Nro. 29783, conllevando también que en determinados supuestos, que no es materia de precisar en esta investigación, puede incurrirse en delito por el incumplimiento de tales normas de seguridad y salud en el trabajo.

3.2. Jubilación de los trabajadores de construcción civil

En cuanto al tema de la jubilación para trabajadores sujetos al régimen especial de construcción civil, existen varios regímenes dentro del régimen previsional público y también existe uno para los que se encuentran dentro del sistema privado de pensiones. Veremos a continuación cada uno de los supuestos referidos, a efecto de determinar si existe o no impacto para el trabajador que materialmente realiza labores de

construcción, el estar o no dentro del régimen especial indicado, para los efectos pensionarios.

JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE CONSTRUCCIÓN CIVIL, DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

3.2.1. Con Decreto Ley Nro. 19990 y Decreto Supremo Nro. 018-82-TR

El Decreto Ley Nro. 19990 Ley del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, publicada el 30 de abril de 1973, crea tal sistema en sustitución de los Sistemas de Pensiones de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y el Seguro Social del Empleado y del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares.

En el artículo 3 inciso b) de la norma referida, señala que son asegurados obligatorios del Sistema indicado, los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley Nro. 11377 o de la actividad privada, lo que significa que aquí también están comprendidos los trabajadores de las entidades públicas sujetos al régimen de la actividad privada, más allá de que pudieran estar dentro de algún régimen especial sujeto claro está a sus normas especiales.

El artículo 40 del Decreto Ley Nro. 19990, establece un Régimen General de Jubilación, para los asegurados inscritos a partir de la fecha de vigencia de la norma; también, los asegurados obligatorios nacidos a partir del primero de julio de 1931 si son hombres, o partir del primero de julio de 1936 sin son mujeres.

El segundo acápite del artículo 38 de la norma aludida, ha previsto la posibilidad de otorgar pensión de jubilación adelantada hasta en 5 años, a trabajadores que realizan actividades en condiciones que implican un riesgo para la vida o la salud, proporcionalmente creciente a la mayor edad de los mismos.

El Decreto Supremo Nro. 018-82-TR publicado el 23 de julio de 1982, estando a lo previsto en el artículo 88 del Decreto Ley Nro. 19990, reduce la edad de jubilación de los trabajadores de construcción civil a 55 años de edad, ello conforme lo establece el artículo 1 de aquel Decreto Supremo, a condición de haber aportado cuando menos 15 años en dicha actividad o un mínimo de 5 años en los últimos 10 años anteriores a la contingencia.

Así mismo, en el segundo acápite de la norma citada, establece que las pensiones que se otorguen de conformidad con el indicado Decreto Supremo, no estarán sujetas a las reducciones a que se refiere el artículo 44 del D.L. 19990, esto es, no están sujetos a la reducción de la pensión en cinco por ciento por cada año de adelanto respecto de sesenta o cincuenta y cinco años de edad, según sean obreros o mujeres respectivamente.

Con lo señalado, se tiene entonces que conforme a lo establecido en el artículo 1 del D.S. Nro. 018-82-TR, tiene derecho a pensión los trabajadores que cuenten con 55 años de edad y acrediten por lo menos, 15 años de aportaciones trabajando para el sector construcción civil, o un mínimo de 5 años en los últimos 10 años anteriores al cese laboral, siempre y cuando la contingencia se hubiera producido antes del 19 de diciembre de 1992, fecha a partir de la cual entra en vigencia el Decreto Ley Nro. 25967. Aquí tenemos un sistema de jubilación para los trabajadores de construcción civil, en razón de ser una actividad en condiciones que implican un riesgo para la vida o la salud de los mismos.

El criterio señalado se encuentra recogido en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional⁷⁹, en las que en esencia se establece que si a la fecha señalada (19 de diciembre de 1992), tenía la edad necesaria y luego también contaba con los años de aportaciones, entonces es fundada su petición de jubilación en este régimen de construcción civil, lo que resulta importante en razón de que se toma como fecha para estar dentro de tal modalidad de jubilación, no la fecha de contingencia, sino si a la fecha indicada tenía los requisitos señalados y por lo tanto ya se había incorporado al derecho del trabajador.

3.2.2. Jubilación de los trabajadores de construcción civil, con modificaciones del Decreto Ley Nro. 25967

El Decreto Ley Nro. 25967, publicado el 19 de diciembre de 1992, modifica varias disposiciones referidas al goce de pensiones de jubilación que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social –IPSS, entre las que se encuentra la creación de la Oficina de Normalización Previsional, ONP.

⁷⁹www.tc.gob.pe STC NRO. 08526-2006-PA/TC LIMA. Felipe Neri Purisaca Chávez. Fundamentos 3, 4, 5.

Así mismo, en el artículo 1 se establece que ningún asegurado podrá gozar de pensión de jubilación sino acredita haber efectuado aportaciones por un período no menor de 20 años completos, sin perjuicio de los otros requisitos establecidos por ley.

Actualmente como dice el Tribunal Constitucional⁸⁰, “Los artículos 1 del D.S. Nro. 018-82-TR y del D.L. Nro. 25967, delimitan el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión de los trabajadores de construcción civil. Así, establecen que tienen derecho a pensión los trabajadores que **i)** cuente con 55 años de edad, y **ii)** acrediten, por lo menos, 20 años de aportaciones, de las cuales 15 en total o un mínimo de 5 en los últimos 10 años anteriores al cese laboral deberán haberse efectuado trabajando en construcción civil”.

Debe tenerse presente que actualmente para el común de trabajadores, la edad de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones, es de 65 años, conforme lo prevé el artículo 9 de la Ley Nro. 26504 del 18 de julio de 1995; así mismo, el artículo referido, también señala que por Decreto Supremo podrá fijarse edades de jubilación inferiores para casos especiales por implicar entre otros, riesgo para la vida o la salud proporcionalmente creciente a la edad de los trabajadores.

Se tiene entonces haciendo una interpretación sistemática de las normas involucradas, con la modificación establecida por el Decreto Ley Nro. 25967, que en la jubilación de los trabajadores de construcción civil, ha tenido su impacto en cuanto al mínimo de años de aportaciones, siendo que en ningún caso puede ser menor a 20 años, a diferencia de la modalidad anterior a la vigencia de la norma referida, en el que el requerimiento era 15 años de aportaciones; sin embargo, se mantiene vigente la edad de los 55 años; que cuente con 15 años de aportaciones en la modalidad o un mínimo de 5 en los últimos 10 años anteriores al cese laboral, los que deberán haberse efectuado trabajando en construcción civil; finalmente, sigue vigente el extremo que establece que no estarán sujetas a las reducciones de cinco por cierto por cada año de adelanto.

⁸⁰www.tc.gob.pe STC NRO. 06759-2005-PA/TC TACNA. Miguel Wender Del Castillo Rodriguez. Fundamento 7.

3.2.3. De los trabajadores comprendidos en la modalidad de jubilación prevista en el D.S. Nro. 018-82-TR y luego con la modificación contenida en el D.L. Nro. 25967

Un tema fundamental que es absolutamente pertinente precisar, aunque parezca obvio, es el referido a establecer con precisión a que trabajadores alcanza la modalidad de jubilación que prevé el Decreto Supremo Nro. 018-82-TR en su primera etapa, y luego también, en su segunda etapa con la modificación contenida con la publicación del Decreto Ley Nro. 25967, esto es, en cuanto a que el número de aportaciones es ahora 20 años.

La pregunta a responder es la siguiente, ¿Alcanza la modalidad de jubilación de los trabajadores de construcción civil, a todo aquel que ha laborado efectuando actividades de construcción aunque su régimen laboral legal haya sido el régimen común de la actividad privada, o, sólo les alcanza a quienes han sido registrados en planillas como trabajadores de construcción civil?.

El artículo 1 del D.S. 018-82-TR, literalmente dice: *“Reducir la edad de jubilación de los trabajadores de Construcción Civil a 55 años de edad, adquiriendo derecho a pensión dentro de las condiciones establecidas por el Decreto Ley Nro. 19990, siempre que acrediten haber aportado cuando menos 15 años en dicha actividad o un mínimo de 5 años en los últimos 10 años anteriores a la contingencia. Las pensiones que se otorguen de conformidad con el presente Decreto Supremo, no estarán sujetas a las reducciones a que se refiere el Artículo 44 del mencionado Decreto Ley.”*(Negrilla nuestra).

Literalmente se alude a los trabajadores de Construcción Civil; no dice, a los trabajadores que realizan actividades de construcción estén en el régimen de construcción civil o en el régimen común, ni tampoco de la redacción se puede llegar a la afirmación de que a los trabajadores sujetos al régimen común también les alcance.

En el artículo 2 dice: *“Corresponde al Instituto Peruano de Seguridad Social, adoptar las medidas Técnico Administrativas que estime convenientes, a los efectos de una adecuada implementación del Sistema de Pago de Aportaciones y Acreditación de Derechos en los Regímenes de Prestaciones de Salud, Pensiones y Accidentes de Trabajo, para los trabajadores en Construcción Civil.”*. (Negrilla nuestra).

Particularmente de lo resaltado con negrilla del artículo 2, se puede colegir que existe todo un sistema de pago de aportaciones, acreditación, para las prestaciones de salud, pensiones, accidentes de trabajo para los trabajadores en Construcción Civil, lo que supone que en la realidad se materialice primero; luego, ingresarlo en la planilla de trabajador de construcción civil, ya que ello debe ser la expresión de tal realidad o también dicho de otro modo, se rige por el principio de veracidad a la cual está obligado todo administrado, conforme lo prevé el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley Nro. 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General. Segundo, que se pague las aportaciones en tal condición, a efecto que luego la acreditación de tal circunstancia, sea la expresión fidedigna de la condición de trabajador de construcción civil.

Es pertinente también señalar, que en el caso de las obras de construcción, los empleadores pueden llevar una planilla por cada obra o en conjunto una para varias obras, debiendo indicarse en tales planillas, el nombre o razón social del empleador, el nombre del propietario de la obra, entre otros aspectos, tal como lo precisa el artículo 17 del Decreto Supremo Nro. 001-98-TR, que aprueba Normas Reglamentarias Relativas a la Obligación de los Empleadores de Llevar Planillas de Pago. De lo señalado, se tiene entonces que si se realiza obras de construcción, deben sujetarse en cuanto a este aspecto de las Planillas, a las disposiciones especiales para ellas, así no es posible colocar a tales trabajadores en la planilla de trabajadores del régimen común, sino que conforme lo precisado en la norma, debe efectuarse en la abierta para la o las obras correspondientes.

En el artículo 3 del D.S. 018-82-TR, que es materia de análisis, se establece: *“Los empleadores que utilicen los servicios de los trabajadores en Construcción Civil, están obligados a proporcionar al Instituto Peruano de Seguridad Social, la información y documentación necesaria para la implementación y aplicación del Sistema a que se refiere el Artículo 2 del presente decreto Supremo en la forma y plazos que el mismo establece.”*(Negrilla nuestra).

De lo resaltado en relación al artículo 3 antes indicado, se tiene que el empleador que utilice los servicios de los trabajadores en Construcción Civil, queda obligado a entregar la información y documentación necesaria, pertinente, para la aplicación e implementación del Sistema de Pago de Aportaciones y Acreditación de Derechos en

los Regímenes de Prestaciones de Salud, Pensiones y Accidentes de Trabajo, para los trabajadores en Construcción Civil.

Finalmente en cuanto a lo que expresa en sus considerandos el Decreto Supremo Nro. 18-82-TR, esto es, a la motivación de su promulgación, se tiene que la justificación de un tratamiento de excepción para establecer la jubilación de los trabajadores de construcción civil, está en la facultad legal expresada en el artículo 38 del Decreto Ley Nro. 19990; en segundo lugar, por la naturaleza y características de las labores, esto es, por extrañar riesgo para la salud y la vida de dichos trabajadores, lo que también implica un mayor desgaste físico; en tercer lugar, por la relación laboral de dependencia múltiple.

Conforme a la normatividad analizada en el presente Capítulo, particularmente en los puntos 1 y 2 referidos a las principales normas que caracterizan al Régimen Laboral de Construcción Civil, se tiene entonces que existe legalmente un Régimen Especial de Construcción Civil, por tanto, la alusión “a los trabajadores de Construcción Civil” y respondiendo a la pregunta formulada, sólo puede entenderse que está referida a aquellos trabajadores que se encuentran dentro del Régimen Especial de Construcción Civil y no a los trabajadores que legalmente corresponda estar dentro del régimen laboral común de la actividad privada, aunque en la realidad efectúen actividades de construcción.

Caso de simulación en el régimen laboral que legalmente corresponde

Adicionalmente, en el supuesto de fraude, simulación, esto es, en aquellos casos en que correspondiendo un determinado régimen laboral especial a un trabajador, se le considere formalmente en uno que no es el que legalmente le corresponde con el fin de evadir responsabilidades, obtener beneficios indebidos o cualquier otra motivación no lícita, ciertamente ahí estaremos frente a casos en los que será de aplicación el principio de primacía de la realidad, esto es, que el Juez en el caso concreto resolverá conforme a lo que aparece de la realidad, de los hechos y no de lo formalmente, documentalmente se hubiera efectuado. El principio de primacía de la realidad tiene sustento constitucional y legal, como teóricamente se ha desarrollado en el punto 5) referido a los principios del derecho del trabajo, en la parte inicial de la presente investigación.

Uno de los casos puede ser cuando el trabajador desarrolla materialmente actividades en obras de construcción, cuando correspondía legalmente ser considerado en el régimen de construcción civil, pero sin embargo se le inscribe en una planilla de trabajadores del régimen laboral común. En este caso, sin duda estando al principio de primacía de la realidad aludido, se le deberá tener como trabajador del régimen especial de construcción civil para todos los efectos.

También puede darse casos en el que siendo un trabajador que realiza labores de un trabajador del régimen común, como los portapliegos, entre otros; sin embargo, formalmente se les considere en una planilla de trabajadores del régimen de construcción civil, para pretender evadir su estabilidad laboral. En el supuesto planteado, en aplicación del principio de primacía de la realidad, corresponde tener a tal trabajador dentro del régimen laboral privado común.

Entonces, la investigación no está referida a los casos de simulación, de fraude, sino a aquellos casos que aplicando eventualmente los criterios de interpretación de los órganos encargados de administrar justicia, se haya establecido que no pueden contratar las entidades públicas, trabajadores dentro del régimen de construcción civil, en la ejecución de obras de construcción por administración directa, ello derivado de casos de indeterminación del derecho u otros supuestos.

3.2.4. De los aportes para gozar de la pensión de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones, en relación a los trabajadores de construcción civil.

No está regulado un aporte especial adicional o diferente para los trabajadores de construcción civil, en relación a lo previsto para los trabajadores comunes en general, claro ello dentro del Sistema Nacional de Pensiones que hoy administra la Oficina de Normalización Previsional; sin embargo, ello no implica que conforme lo analizado precedentemente, tales trabajadores no tengan una modalidad de jubilación con un tratamiento de excepción, precisamente porque el indicado Sistema se rige por el principio de solidaridad, en atención a que la pensión y demás beneficios no sale de una cuenta personal sino del fondo común, con determinadas reglas para viabilizar el sistema.

En efecto en alusión al principio solidaridad dentro de la seguridad social, el Tribunal Constitucional⁸¹ en varias sentencias, entre ellas la precisada a pie de página, señala: *“es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. (STC 0011-2002-AI, Fundamento 14).”*

El principio de solidaridad, deriva del artículo 43 de la Constitución Política, cuando establece que la República del Perú es democrática, social, por tanto, ello explica que no se haya regulado un aporte especial para el caso de la jubilación de los trabajadores de construcción civil.

En definitiva, de lo revisado en relación a la jubilación de los trabajadores de Construcción Civil, dentro del marco del sistema nacional de pensiones, advertimos entonces que también hay una modalidad de excepción, un tratamiento diferenciado a los trabajadores aludidos, ello por la naturaleza de sus labores, que implican un mayor riesgo y un mayor desgaste físico, así como también que la entidad empleadora comprende a quien contrate para realizar las actividades de construcción, más allá de tratarse de una empresa o persona natural privada o lo sea una entidad pública. Así mismo, se concluye que alcanza las modalidades jubilación a los trabajadores que se encuentran dentro del régimen de construcción civil, por lo que si un trabajador de construcción civil es apartado, impedido de ingresar a su régimen especial, también se está impidiendo con ello, que alcance la modalidad de jubilación especial que tienen regulado.

⁸¹www.tc.gob.pe STC NRO. 1417-2005-AA/TC Lima del 8 de julio de 2005, F.J. 29 segundo acápite, del caso Manuel Anicama.

Cuadro Resumen N ° 1

**JUBILACION DE LOS TRABAJADORES DE CONSTRUCCION CIVIL
DENTRO DEL SNP**

NORMA	AMBITO DE APLICACIÓN	PENSIÓN DE JUBILACIÓN ADELANTADA	CONDICIÓN	BENEFICIO ADICIONAL EN PENSIÓN
- D.L. 19990 (30.4.1973) Art. 3.b	Trabajadores del régimen laboral privado que laboran en entidad pública.	En actividades de riesgo para la vida o salud hasta en 5 años.	- 60 años (H) ó 55 años (M). - 30 ó 25 años aportaciones, respectivamente (art. 38).	- Sujeto a reducción de 5% por cada año de adelanto. (art. 44).
- D.S. 018-82.TR (23.7.1982) Art. 1 (*).	Trabajadores de <u>construcción civil</u> con contingencia hasta el 19.12.1992.	Reduce a 55 años.	- Aporte mínimo de 15 años en actividad. - Ó, mínimo de 5 años en últimos 10 años anteriores a la contingencia.	- No sujeta a reducción del 5% por cada año de adelanto.
- D.L.25967 (18.12.1992) Art. 2.	Trabajadores de <u>construcción civil</u> con contingencia desde 20.12.1992 (*).	55 años (*).	- <u>20</u> años de aportaciones. - Aporte mínimo de 15 años en actividad (*) - Ó, mínimo de 5 años en últimos 10 años(*).	- No sujeto a reducción del 5% por cada año de adelanto (*).

- STC NRO. 8526-2006-PA/TC LIMA
- STC NRO. 6759-2005-PA /TC TACNA
- Elaboración personal

JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE CONSTRUCCIÓN CIVIL, DENTRO DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

3.2.5. Jubilación anticipada en el sistema Privado de Pensiones, con tratamiento especial a los trabajadores de construcción civil

De conformidad con el artículo 1 numeral 1.1 de la Ley Nro. 27252 publicada el 07 de enero del 2000, los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para la vida o la salud proporcionalmente creciente a su edad y cuenten con los requisitos que señale el Reglamento de la presente ley, podrán acceder a los beneficios de jubilación anticipada en el ámbito del Sistema Privado de Pensiones; esto es, se establece el beneficio de jubilación anticipada por la naturaleza de las labores y que ello implique riesgo para la vida o la salud del trabajador.

Estando a lo ya analizado en relación a las características propias de la actividad de la construcción, dentro de las que se encuentra precisamente el ser una actividad riesgosa para la vida y salud del trabajador, se tiene entonces que en efecto la norma referida le alcanza a los trabajadores de construcción civil. Sin perjuicio de ello, el Decreto Supremo Nro. 164-2001-EF que aprueba el Reglamento de la Ley que establece el derecho de jubilación anticipada para trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones que realizan labores de riesgo para la vida o la salud, en su artículo 2 referido al ámbito de aplicación de la Ley, ha establecido que se encuentran comprendidos, aquellos trabajadores que laboren directamente en trabajo pesado, entre otras actividades, el de construcción civil conforme aparece de su literal d).

Se han establecido dos regímenes de jubilación, el régimen genérico y el extraordinario. A continuación veremos cada uno de ellos.

a) Régimen extraordinario

El Decreto Supremo Nro. 164-2001-EF que aprueba el Reglamento de la Ley que establece el derecho de jubilación anticipada para trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones que realizan labores de riesgo para la vida o la salud, en el segundo acápite del artículo 3 señala:

“Régimen Extraordinario.- Es un Régimen de carácter transitorio, por el cual el Estado reconoce al trabajador un beneficio extraordinario por los aportes efectuados durante su período de permanencia en el SNP realizando trabajo pesado. El trabajador que cumpla con los requisitos establecidos en el Artículo 4 del presente Reglamento, tendrá derecho al BRC a que se refiere el Artículo 2 de la Ley 27252, pudiéndose jubilar conforme a las edades establecidas en la Ley N° 25009 o en el Decreto Supremo N° 018-82-TR, según corresponda.”

En el artículo 4 del Reglamento referido, se establecen los requisitos mínimos para acceder a la jubilación adelantada, estableciendo las fechas en que se haya alcanzado determinadas aportaciones. El artículo 2 de la Ley 27252, regula el bono de reconocimiento complementario que será emitido por la Oficina de Normalización Previsional. El Decreto Supremo Nro. 018-82-TR, que regula la reducción de edad a 55 años para la jubilación de los trabajadores de construcción civil; y finalmente la Ley Nro. 25009, al estar referida a la jubilación de los trabajadores mineros, no será objeto de ningún análisis.

De la normativa aludida, se puede extraer entonces en relación a la jubilación adelantada de los trabajadores de construcción civil, algunas consideraciones así como los requisitos mínimos para acceder a la misma:

a.1. Que es un régimen transitorio, limitado a determinadas fechas de aplicación.

a.2. Que les otorga un Bono de Reconocimiento Complementario, siempre que cumplan con los requisitos señalados en el artículo 4 del Reglamento aprobado por el D.S. Nro. 164-2001-EF. Dicho bono, que cancelará la Oficina de Normalización Previsional, tiene como finalidad facilitar la jubilación anticipada, mejorando el nivel de su pensión, al reconocerle un mayor monto sobre las aportaciones efectuadas al sistema nacional de pensiones.

a.3. Que al 31 de diciembre de 1999, hayan alcanzado, en años completos, la edad de 50 años (artículo 4, literal a del D.S. Nro. 164-2001-EF).

a.4. Que, con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, hayan realizado al menos 20 años completos de aportación al Sistema Nacional de Pensiones y/o al Sistema Privado de Pensiones. Sólo se considerarán las aportaciones efectivamente realizadas. (Artículo 4, literal b del D.S. Nro. 164-2001-EF).

a.5. Que con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, hayan realizado al menos un período mínimo de labores de años en construcción civil.(Artículo 4, literal c del D.S. Nro. 164-2001-EF).

En definitiva, el Régimen Extraordinario, le permite a los que se encuentran dentro de sus alcances, gozar de un **Bono de Reconocimiento Complementario**, así como de la edad reducida de jubilación, lo que no sería posible en el supuesto que el trabajador no se hubiera encontrado dentro del régimen de construcción civil.

b) Régimen genérico

El Decreto Supremo Nro. 164-2001-EF que aprueba el Reglamento de la Ley que establece el derecho de jubilación anticipada para trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones que realizan labores de riesgo para la vida o la salud, en el tercer acápite del artículo 3 señala:

Régimen Genérico.- Es el Régimen de carácter general que ampara el beneficio de acceso a la Jubilación Anticipada en el SPP.

Este régimen está dirigido para aquellos trabajadores, como los de construcción civil, que no se encuentren comprendidos en el Régimen Extraordinario y que tiene como objeto alcanzar el beneficio de acceso a la Jubilación Anticipada, **sobre la base de aportaciones complementarias** como lo precisa la Segunda Disposición Final y Complementaria del Decreto Supremo Nro. 164-2001-EF, concordado con su artículo 2, a efecto de permitir descontar un año de la edad legal anticipadamente, por determinado número de meses de cotización, como lo prevé el artículo 4 de la norma antes precisada.

Las aportaciones complementarias aludidas en el acápite anterior, se efectuarán según las labores realizadas, cuyos aportes se devenguen a partir del 1 de enero de 2002, como lo señala el punto II del artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 164-2001-EF;

El Decreto Supremo Nro. 094-2002-EF publicado el 12 de junio de 2002, establece disposiciones relativas a la tasa de aporte complementario y los meses de aportación al fondo de pensiones aplicables a trabajadores comprendidos en el Reglamento de la Ley Nro. 27252, por lo que a continuación precisaremos sus alcances:

- **El artículo 1 de la norma aludida**, establece la tasa de aporte complementario y los meses de aportación al fondo de pensiones aplicables a los trabajadores comprendidos

en el Régimen Genérico de que trata el acápite II del artículo 4 del Reglamento de la Ley Nro. 27252, necesarios para anticipar la edad de jubilación en el SPP, respecto de los trabajadores comprendidos en las actividades productivas a que se refiere el artículo 2 del referido reglamento, entre las que se encuentra como ya se ha dicho precedentemente, la construcción civil. En el Cuadro Nro. 1 de dicha norma, se precisa que para la actividad construcción civil, la tasa de aporte es el 2% y que el anticipo será de un año de la edad legal por cada 36 meses de cotización.

- **El artículo 2** establece que los aportes complementarios a la tasa de aporte al fondo de pensiones, según la actividad productiva que realice el trabajador, serán de cargo del empleador y el trabajador en partes iguales. La redacción imperativa significa entonces, que se trata de un aporte complementario obligatorio y a cargo del empleador como del trabajador; en segundo lugar, que en el caso de construcción civil, el aporte es del 1% para cada uno.

En definitiva, en cuanto existen dos regímenes de jubilación anticipada en el Sistema Privado de Pensiones, dirigida a aquellos trabajadores que realizan labores implica riesgo para la vida o la salud, siendo que entre tales labores, ha sido considerada la Construcción Civil. Los regímenes aludidos, son el Extraordinario limitado en el tiempo, transitorio y que le permite disminuir la edad de jubilación sobre la base de un mayor aporte producto del otorgamiento de un Bono de Reconocimiento Complementario por la Oficina de Normalización Previsional a favor del trabajador respectivo, ello a la AFP respectiva; el segundo, es el Régimen Genérico, que tiene como objetivo también la reducción de la edad de jubilación sobre la base de mayores aportes complementarios, en tal sentido se ha establecido que para el caso de Construcción Civil, el mismo es del 2% a cargo del empleador y trabajador en parte iguales.

3.2.6. Análisis conclusivo de la jubilación de los trabajadores de construcción civil.

- Existen modalidades de jubilación adelantada de los trabajadores de construcción civil, entendiéndose que se encuentran comprendidos aquellos que están dentro del Régimen Laboral de Construcción Civil y no a aquellos trabajadores que legalmente se encuentren en un régimen laboral de la actividad privada común.

- Existe una modalidad de jubilación adelantada de los trabajadores de construcción civil, dentro del Sistema Nacional de Pensiones, siendo que actualmente para tal fin

existe una modalidad limitada en el tiempo bajo la vigencia del Decreto Supremo Nro. 018-82-TR, que reduce la edad de jubilación para los trabajadores de construcción civil a 55 años de edad, con un aporte mínimo de 15 años en dicha actividad o un mínimo de 5 años en los últimos 10 años anteriores a la contingencia. Posteriormente con la vigencia de la Ley Nro. 25967, se establece el mínimo de 20 años de aportaciones, debiendo de cumplirse además los requisitos antes señalados conforme al Decreto Supremo Nro. 018-82-TR.

- Existe el derecho de jubilación anticipada para trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones, que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, dentro de los cuales está incluida las labores de construcción civil. Existe un Régimen Extraordinario limitado para aquellos que reúnen los requisitos establecidos en las normas analizadas; en segundo lugar, existe un Régimen Genérico dirigido a aquellos trabajadores que no se encuentren dentro del Régimen Extraordinario.



Cuadro Resumen N°2

**JUBILACION DE LOS TRABAJADORES DE CONSTRUCCION CIVIL,
DENTRO DEL SPP**

NORMA	AMBITO DE APLICACIÓN	PENSION DE JUBILACIÓN ANTICIPADA	REGIMEN EXTRAORDINARIO	REGIMEN GENERICO
<ul style="list-style-type: none"> - L. 27252 (7.01.2000) Art.1 numeral 1.1. - D.S. 164-2001-EF. Art. 2. d) (*) - D.S.094-2002-EF (12.6.2002) 	<p>Trabajadores afiliados.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Si trabajan en labores de riesgo para la vida ó la salud. - Construcción civil (*). 	<p>a) Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si aportó a SNP. - Trabajo pesado - 55 años (D.S. 018-82-TR, trabajadores de construcción civil) - Al 31-12-99 tenga 50 años - Con anterioridad al 31-12-2004 tenga 20 años de aportaciones al SNP y/o SPP. - Al 31-12-2004 periodo mínimo de labores en construcción civil. - Transitorio. <p>b) Beneficios:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bono de reconocimiento complementario (BRC. Art. 2 L.) a cargo de la ONP para mejor nivel de pensión. 	<p>a) Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No comprendido en régimen extraordinario. - Aportaciones complementarias devengadas a partir del 1.1.2002 - Tasa de aporte 2%. <p>b) Beneficios:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Anticipo de un año de edad legal por cada 36 meses de cotización. - Aporte empleador (1%) y trabajador (1%) en partes iguales.

- Elaboración personal

4. ANÁLISIS JURÍDICO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONALES EN CONFLICTO INMEDIATO: D.S. NRO. 07-77-TR y D.LEG. NRO. 727

4.1. Decreto Supremo Nro. 07-77-TR del 26 de abril de 1977. Análisis jurídico

El artículo 1° del Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, estableció que: *“Los trabajadores especializados en obras de construcción civil, **que ejecuta directamente el Estado**⁸², en el modo y forma que se indica en la parte considerativa, tendrán derecho a percibir a partir de la fecha de promulgación del presente Decreto Supremo, los beneficios de compensación por tiempo de servicios y vacaciones, de acuerdo al régimen de construcción civil”.*

El Estado en las obras de construcción que ejecutaba por administración directa, contrataba personal obrero, estableciendo una relación laboral de naturaleza eventual, caracterizado por el inicio y fin de las obras, tal como lo precisa en su primer considerando; sin embargo, las normas que regulaban en aquel tiempo el pago de los beneficios sociales del personal obrero del Gobierno Central, no habían previsto la situación de los trabajadores de construcción civil que laboraban en obras ejecutadas directamente por el Estado, tal como lo precisa dicha norma en el tercer y cuarto considerando.

Es pues, bajo este escenario que se promulga el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR (vigente a la fecha), con el objeto de contemplar este caso especial de obreros de construcción civil que labora en obras administradas o ejecutadas directamente por el Estado o Gobierno Central, disponiendo que a dichos trabajadores se les otorgue compensación por tiempo de servicios y vacaciones bajo el régimen de construcción civil, con lo que queda claramente establecido que el Estado SÍ puede contratar legalmente trabajadores dentro de tal régimen laboral especial, aunque circunscrito a los beneficios sociales de compensación por tiempo de servicios y vacaciones.

Análisis jurídico de la norma

Al respecto se tiene:

⁸²Negrita y subrayado propio

a) **Interpretación literal⁸³ de la norma**, se extrae las siguientes conclusiones:

- Que el Estado, SÍ puede ejecutar directamente obras de construcción civil.
- Que a los trabajadores que laboren en aquellas obras, les corresponde los beneficios sociales de la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones de acuerdo al régimen de construcción civil.

b) **Interpretación con método lógico⁸⁴ de la norma**, esto es, establecer la finalidad que determinó su creación, **se extrae las siguientes conclusiones adicionales:**

En el primer considerando se dice: “*Que el Estado, en las obras de construcción civil que ejecuta directamente por administración, contrata personal obrero con el que establece una relación laboral de naturaleza eventual, caracterizada por el inicio y fin de las obras*”. En el tercer considerando se dice: “*Que en las normas que regulan el pago de beneficios sociales al personal obrero del Gobierno Central, no se ha previsto la situación de los trabajadores mencionados en los considerandos precedentes*”.

Como señala Torres Vásquez,⁸⁵ el procedimiento lógico está dominado por principios generales, entre los que precisa por ejemplo, *ubilex non distinguit nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, no debemos distinguir); *inclusionem unius fit exclusio alterius* (al incluir a uno se excluye al otro); *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio* (allí donde existe la misma razón de la ley, existe la misma disposición legal); *exceptiones sunt strictis sime interpretationis* (las excepciones son de la más estricta interpretación); *cessante legis rationis, cessat ejus dispositio* (cesando las razones de la ley, cesa su disposición); *qui dicit de uno negat de altero* (lo que se dice de una cosa, se niega de otra). Se derivan del último principio estos otros, *argumento a contrario sensu* (si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros); *argumentum a potiori* (con mayor razón), conforme al cual, lo previsto para un caso en

⁸³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho, IDEMSA, Tercera Edición, Reimpresión, Lima 2008, p 552. “Probablemente el método hermenéutico más antiguo es el literal, llamado también gramatical o filológico, por cuanto la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley”. “Mediante el sentido literal de las palabras se obtiene el significado propio y específico de las normas, (...)”.

⁸⁴ VERNENGO, Roberto. “La interpretación literal de la ley”, Editorial Abeledo-Perrot, 2da. Edición, Buenos Aires – Argentina-, 1994, pp. 113. “Pareciera que interpretar en forma lógica un enunciado normativo, o conjunto de ellos, supone derivar de estos las consecuencias deductivas que está necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas en los enunciados normativos que se han tomado como premisas. Conforme a esto, el intérprete no puede optar sino por algunas de las consecuencias lógicas posibles, todas ellas contenidas en las premisas, sin que sea posible la extensión de estas”.

⁸⁵ Ob. Cit. p. 561

atención a que reúne ciertas cualidades, es aplicable, con mayor razón, a otro caso que posee esas cualidades en mayor grado; *argumentum a maiori ad minus* (el que puede lo más, puede lo menos).

Del texto de los fundamentos de la norma aludida, se puede deducir que la finalidad que determinó su creación fueron, que ante el hecho real y concreto que en aquel momento el Estado contrataba obreros para ejecutar obras de construcción civil, por tanto de naturaleza temporal, y, ante la ausencia de norma que regule tal situación, entonces se expide la norma para regular tal situación.

No es posible concluir tomando el método de interpretación lógico, que la norma en su conjunto hubiera tenido como finalidad, equiparar todos los beneficios sociales, económicos y demás, a los trabajadores aludidos, con relación a los que perciben los trabajadores del régimen de construcción civil, precisamente porque ello no se expresa en sus fundamentos, menos en el articulado mismo, al limitarlo expresamente a los dos beneficios que literalmente consigna la norma, ello en aplicación de aquel principio general “*Qui dicit de uno negat de altero*”: lo que se dice de una cosa, se niega de otra; el principio aludido es el sustento del *argumento a contrario sensu*, que como dice Torres Vásquez,⁸⁶ “si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros”.

En conclusión entonces, el legislador expresamente ha delimitado los alcances de la norma, por tanto, con el método lógico, sólo se puede otorgar, dentro del régimen de construcción civil, compensación por tiempo de servicios y vacaciones a tales obreros, en el caso que sea el Estado el que contrata a los trabajadores eventuales en obras de construcción civil.

c) Interpretación sistemática en relación al término “Estado”

La norma bajo análisis, alude expresamente en su artículo 1, a las obras que ejecuta directamente **el Estado**, por lo tanto, resulta importante establecer que entidades se encuentran comprendidas.

⁸⁶ Ob. Cit. p. 561

El artículo 43 de la Constitución Política alude a que el Estado es uno e indivisible. Como señala García Toma⁸⁷, *“En puridad, se trata del mando político centrado en un ordenamiento estatal, el cual representa una forma de vida social que posee un carácter imperativo – atributivo. En este caso las autoridades públicas (gobernantes) ordenan y disponen en nombre de la Constitución y la ley.”*; luego en relación al Estado el mismo autor señala, *“El concepto Estado alude a un poder político institucionalizado en un conjunto de órganos dotados de título de exclusivo, compartido o delegado, ya sea de funciones de dirección, administración, legislación, dirimencia de conflictos de naturaleza jurídica o de racionalización de la potestad de mando mediante actos de control; ello dentro de un territorio determinado en donde coexiste para la consecución de fines comunes un grupo de personas (pueblo).”*

En el Título IV de la Constitución Política, sobre la Estructura del Estado, regula en su Capítulo I (artículos 90 a 102), al Poder Legislativo; regula en el Capítulo IV (artículos 110 a 118), al Poder Ejecutivo, dentro de los que se encuentran todos los Ministerios que por ley se puedan crear, el Consejo de Ministros (Capítulo V); en el Capítulo VIII (artículos 138 a 149), se regula lo relacionado al Poder Judicial; luego también se regula al Consejo Nacional de la Magistratura, al Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Sistema Electoral integrado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. En el Capítulo XIV, se regula la Descentralización (artículos 188 a 199), donde se encuentran los Gobiernos Regionales y Locales, tanto provinciales como distritales. Finalmente, en el Título V, se regula al Tribunal Constitucional.

Lo precisado en el acápite anterior, alude a la estructura constitucional del Estado peruano, sin perjuicio de otras entidades que por ley puedan crearse, por tanto, el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, comprende dentro de sus alcances a todas las entidades antes mencionadas y seguro otras más. De hecho entonces, todos los ministerios, los Gobiernos Regionales, Municipalidades en general, se encuentran comprendidas y tienen conforme lo ya analizado, la posibilidad legal de ejecutar obras de construcción por administración directa y por lo tanto también, de contratar obreros temporales de construcción civil.

⁸⁷ GARCIA TOMA, Víctor. La Constitución Comentada, Obra Colectiva. GACETA JURÍDICA, Segunda edición aumentada, actualizada y revisada, Lima 2013, p. 925.

Es pertinente precisar, que una interpretación sistemática de la norma, para establecer si le son o no aplicables todo el conjunto de normas y convenios del Régimen Laboral de Construcción Civil a los trabajadores a los que se refiere el D.S. 07-77-TR, se efectuará en el Título III, a efecto de que comprenda ello un análisis de conjunto.

Finalmente en cuanto al tema específico que se está analizando, las conclusiones señaladas no admiten razonablemente, interpretar que el Estado no puede contratar obreros de construcción para la ejecución de obras por administración directa; o peor aún, que no les corresponda los beneficios económicos indicados dentro del régimen de construcción civil. Interpretación distinta, sería excluirlos inmotivada e irrazonablemente a quienes en efecto realizan las labores indicadas, por cuanto ello se ha plasmado de manera expresa en la norma aludida, precisamente porque soportan los riesgos y desgaste de la indicada actividad, así como el estar sometidos a la temporalidad de las obras de construcción. Igualmente, interpretación distinta afectaría además, el principio de igualdad que reconoce nuestra Carta Magna y los Tratados internacionales que el Perú ha ratificado y a los que en extenso se ha hecho alusión en la Primera Unidad.

d) Indeterminación del derecho en el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR

La norma que se analiza, si bien, les reconoce algunos beneficios sociales del régimen de construcción civil; sin embargo, los limita a la compensación por tiempo de servicios y a las vacaciones, como ya se ha analizado precedentemente; y además, guarda silencio en cuanto a gozar de todos los derechos, beneficios, sistema de seguridad social y demás, que corresponden a tal régimen. Está claro de la redacción del D.S. 007-77-TR, que no limita expresamente los demás beneficios del régimen de construcción civil, entonces, propiamente se trata de un supuesto de indeterminación del derecho que encaja en una **laguna normativa parcial**.

Como lo ha señalado Angeles Rodenas en relación a la indeterminación del derecho y que en la parte pertinente se ha abordado, la solución pasa por efectuar un balance de principios, aspecto que abordaremos más adelante en el Título III, pero este momento, es importante precisar que la norma, guarda silencio absoluto en relación a todos los temas remunerativos, demás beneficios sociales, sistema de jubilación de los trabajadores de construcción en la ejecución de obras por administración directa que realizan las entidades públicas en general.

4.2. Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción. Análisis jurídico.

El Decreto Legislativo Nro. 727 del 8 de noviembre de 1991, establece en su propio título, *“Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción”*, lo que delimita su contenido.

El texto de los artículos que se estima importante para analizar la norma son los siguientes:

Artículo 1.- “La presente ley establece las normas orientadas a crear las condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada en la actividad de la construcción.”. Artículo 3.- “Están comprendidas en los alcances de la presente ley, las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIIU).”.

Artículo 11.- “El Estado promueve la pequeña y mediana inversión de las personas a que se refiere el artículo siguiente.”

Artículo 12.- “Quedan comprendidos en los alcances del presente Título las empresas que desarrollen actividades consideradas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIIU), en la medida en que exclusivamente ejecuten obras cuyos costos individuales no excedan cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Cuando se trate de la ejecución de un conjunto de obras, para establecer si la empresa respectiva queda comprendida en lo dispuesto en el párrafo anterior se tomará el costo individual de cada obra.

Igualmente, quedan comprendidas en los alcances de este Título, las personas naturales que construyan directamente sus propias unidades de vivienda en la medida en que el costo de ellas se encuentre dentro del límite referido en el primer párrafo de este artículo.

Para establecer el costo individual de cada obra se tomarán en cuenta todos los gastos, incluyendo remuneraciones y materiales.”

Artículo 14.- “Los trabajadores que sean contratados por las empresas a que se refiere este Título, para la ejecución de obras civiles, regirán sus contratos y remuneraciones mediante acuerdo individual o colectivo con sus empleadores conforme a la legislación laboral común. Los contratos se celebrarán por obra o servicio y las remuneraciones se podrán fijar libremente, por jornal, destajo, rendimiento, tarea u otra modalidad.”

La mencionada división 45 de la CIIU se subdivide en 5 grupos, los cuales abarcan los siguientes ámbitos: 451. Preparación del terreno; 452. Construcción de edificios completos y de parte de edificios; obras de ingeniería civil; 453. Acondicionamiento de edificios; 454. Terminación de edificios; y, 455. Alquiler de equipo de construcción y demolición dotado de operarios. Éstas son las actividades que determinan las actividades comprendidas como construcción para efectos del referido Decreto Legislativo Nro. 727, y, en ese sentido, sólo los trabajadores que realicen dichas actividades podrán estar considerados dentro del Régimen Especial de Construcción Civil.

Análisis jurídico de la norma

Sobre el particular se tiene:

a) Interpretación literal de la norma.

El artículo 1 delimita el ámbito de la ley, señalando que se establece las normas para el desarrollo de la inversión privada en la actividad de la construcción, por tanto, estando a la literalidad precisada en el artículo, su ámbito está circunscrito a la inversión privada; en segundo lugar, dentro de la actividad de la construcción.

El artículo 3 delimita los alcances de la ley, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 del CIIU. Lo precisado estando a su literalidad y concordado con lo ya precisado en relación al artículo 1, significa que su alcance está referido a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dedican a la inversión privada y además, sólo en la actividad de la construcción que se encuentran comprendidas en la División respectiva del CIIU.

El artículo 11, que se encuentra dentro del Título III referido a las empresas constructoras de inversión limitada, claramente señala que el Estado promueve la pequeña y mediana inversión de las personas que se encuentran precisadas en el artículo

12, esto es, las empresas que desarrollen actividades de construcción, siempre que ejecuten obras cuyos costos individuales no excedan 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). También se encuentran comprendidas las personas naturales que construyan directamente sus propias unidades de vivienda, siempre que el costo total de materiales y mano de obra, no supere las 50 UIT.

El artículo 14 establece un sistema de promoción de la inversión privada, dirigido a las empresas que ejecutan obras cuyos costos individuales no excedan 50 UIT, permitiéndoles que sus contratos y remuneraciones, mediante acuerdo individual o colectivo con sus empleadores, se rijan conforme a la legislación laboral común, pudiendo fijarlos libremente.

El Tribunal Constitucional⁸⁸ en diversas sentencias, haciendo sin duda una interpretación literal de la norma, aludiendo y transcribiendo literalmente el artículo 3, ha establecido las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de construcción, criterio que tiene congruencia con la norma, aunque con desarrollo argumentativo muy limitado, lo que más adelante será objeto de análisis específico.

Entonces, las personas naturales, las empresas nacionales o extranjeras, que ejecuten obras cuyo costo total individual no supere las 50 UIT se rigen por el régimen laboral común de manera excepcional, justificado ello para crear las condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada en la actividad de la construcción.

b) Interpretación con el método lógico

b.1.Finalidad de la norma

Corresponde aquí establecer cuál es la finalidad de la norma, de su creación, cual es la razón de su promulgación.

La respuesta inicial la encontramos en los considerandos de la norma, en efecto en el primero, se señala que el Congreso de la República ha delegado facultades al Poder Ejecutivo, para dictar, entre otras, normas orientadas a crear condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada en los diversos sectores productivos; en efecto, se

⁸⁸ STC NRO. 00325-2011-PA/TC, STC NRO. 03637-2010-PA/TC, STC NRO. 01158-2011-PA/TC, entre otras.

señala que las inversiones en la industria de la construcción, genera gran efecto dinamizador en la economía, brinda ocupación en segmentos importantes de la población. Por tanto, concordando lo precisado líneas arriba y la interpretación literal de su articulado, tenemos que la norma tiene como finalidad fomentar la inversión privada en la construcción, a efecto de generar un efecto dinamizador en la economía del país, en la generación de puestos de trabajo inmediatos.

b.2. Argumento a contrario sensu

Tomando uno de los principios generales ya referidos y que resulta aplicable para el presente caso, “argumento a contrario sensu”, si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros; en efecto, la norma alude a la inversión privada, tal como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional; por tanto, excluye la inversión pública, ergo, excluye a las entidades públicas en general.

c. Interpretación con el método sistemático⁸⁹

En el artículo 3 se delimita los alcances de la ley, a las personas naturales y jurídicas que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción, por tanto, es pertinente señalar que conforme lo prevé el artículo 76 del Código Civil, tenemos las personas jurídicas privadas y públicas, siendo que las personas jurídicas de derecho público interno, se rigen por la ley de su creación; sus deberes primordiales como integrantes del Estado, están precisados particularmente en el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, como son entre otros, promover el bienestar general. Conforme al artículo 77 del Código Civil, la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza con la inscripción en el registro respectivo. A manera de clasificación de personas jurídicas y siguiendo a Torres Vásquez⁹⁰, se tiene:

“Las personas jurídicas de derecho público (el Estado, las regiones, las Municipalidades, las universidades estatales, etc.), son creadas por ley, están investidas de la facultad de imperio, tienden a la realización de un fin social, esto es, de interés

⁸⁹ BRAMONT ARIAS, Luis. Derecho Penal, Parte General, T.I, Lima 1972, pp.153. “El elemento sistemático consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer”.

⁹⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho. IDEMSA, Tercera Edición, Lima 2008, p. 397.

general, y su patrimonio generalmente lo obtienen de las contribuciones de todos los habitantes del país.

Las personas jurídicas de derecho privado (fundaciones, asociaciones, sociedades, cooperativas) se constituyen por iniciativa de sus miembros integrantes y nacen a la vida del Derecho cuando son inscritas en el registro público correspondiente, carecen de potestad de imperio, tienen como propósito, por lo general, la consecución de intereses particulares de los miembros integrantes y su patrimonio (conjunto de derechos y obligaciones; el activo y el pasivo) se forma, especialmente, con los aportes de sus miembros.”

De la clasificación antes precisada, estando a lo que se establece en el artículo 1 y el artículo 3 de la norma que se analiza, se tiene entonces que se encuentran comprendidas las personas jurídicas dedicadas a la inversión privada, esto es, a un sector de las personas jurídicas de derecho privado. Sin duda no encajan las personas jurídicas de derecho público en razón que su objeto no es el lucro, por el contrario, su objeto tienen un fin social, de interés general; son creadas por ley mientras que las personas jurídicas de derecho privado, lo son por la voluntad de los que la constituyen; su patrimonio generalmente lo obtienen de las contribuciones de todos los habitantes del país, mientras que en las personas jurídicas de derecho privado, se forman con el aporte de sus miembros.

Por otro lado, en el artículo 12, que se encuentra dentro del Título III referido a las empresas constructoras de inversión limitada, se regula el caso de aquellas empresas que ejecuten obras de construcción cuyos costos individuales no excedan de 50 UIT, a efecto de que puedan contratar a los trabajadores que ejecutan las obras civiles, dentro del régimen laboral común, como lo establece el artículo 14; esto es, dentro de las normas como el Decreto Supremo Nro. 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral y demás normas referidas sus beneficios sociales, pero no dentro del régimen especial de construcción civil que tiene todo un conjunto normativo y convenios colectivos especial, los que han sido desarrollados de manera amplia en los numerales 1, 2 y 3 del presente Capítulo, a los que me remito para señalar la existencia de tal régimen especial. Entonces, para fomentar la inversión privada, en definitiva viabilizó que tales contrataciones laborales, tengan un de menor costo.

Efectuando una interpretación sistemática, de contexto, así como atendiendo a la propia finalidad del Decreto Legislativo Nro. 727, que es fomentar la inversión privada en la construcción, se tiene entonces que están comprendidas dentro de sus alcances, las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción incluidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Uniforme de las Naciones Unidas (CIU), actualmente Categoría de tabulación F, División 45. Contrario sensu, están excluidas las entidades públicas, ya que son personas jurídicas de derecho público y por tanto, también están excluidos los trabajadores que laboran en obras de construcción que ejecuten las entidades públicas por administración directa.

d) De la eventual aplicación del Decreto Legislativo Nro. 727 por analogía

d.1. Concepto de analogía.- Como señala Rubio Correa⁹¹, *“La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia.”*. Nos dice también, que dicha definición corresponde al argumento a pari.

Del concepto referido, tenemos entonces que la aplicación de la analogía no es propiamente una interpretación, esto es, darle un significado a un texto normativo, sino mas bien, que vía integración la norma se aplica a un supuesto distinto del previsto en tal norma, en el supuesto que sea semejante en sustancia, esto es, en lo fundamental.

d.2. Formas en las que aparece la analogía. Siguiendo a Rubio Correa⁹²

d.2.1. El argumento a pari.- **“Donde hay la misma razón hay el mismo derecho”**. Este argumento recurre a la ratio legis, a la razón de la ley.

d.2.2. El argumento a fortiori.- Se presenta con el argumento ab maioris ad minus, que significa que quien puede lo más puede lo menos; y se presenta también con el argumento ab minoris ad maius, que significa que si no puede lo menos, con mayor razón no puede lo más.

⁹¹ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2015, p. 264

⁹² Ob. Cit. p. 271

d.3. Limitación para la analogía.- Una de las principales limitaciones es la recoge el inciso 9 del artículo 139 de la Carta Magna, cuando consagra el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos; por tanto en relación al segundo supuesto, si se trata de una norma que limita, restringe derechos, la misma no puede ser aplicada a otros por analogía, aunque exista la semejanza en sustancia.

d.4. Analogía y Decreto Legislativo Nro. 727.- La pregunta a responder es: ¿Puede aplicarse por analogía el Decreto Legislativo Nro. 727, a los obreros que prestan sus servicios en obras de construcción que ejecutan por administración directa las entidades públicas?.

Para responder la pregunta, se tiene presente el análisis ya efectuado en relación especialmente al artículo 14 de dicha norma, esto es, en cuanto a que la promoción de la inversión privada se manifiesta particularmente, en que si el valor de la obra no supera las 50 UIT, queda autorizado el empleador a suscribir acuerdo individual o colectivo con los trabajadores, rigiéndose conforme a la legislación común; en otras palabras, se trata de una norma que si bien está dirigida a la promoción de la inversión privada en la construcción, sin embargo, ello está sustentado también, en la restricción de tener a los trabajadores de construcción de aquel supuesto, no como trabajadores del régimen laboral de construcción civil sino como trabajadores del régimen común y en tal sentido se ve reflejado en menor remuneración, menores beneficios económicos, restricción de otros derechos como la jubilación del trabajador de construcción civil, todo lo que es su perjuicio directo.

Siendo el Decreto Legislativo Nro. 727 una norma restrictiva de derechos para el trabajador de construcción civil, entonces encaja perfectamente en la limitación que recoge nuestra Carta Magna y al que se ha hecho referencia anteriormente y en tal sentido, se concluye que tal norma no es aplicable por analogía a los trabajadores obreros de construcción que prestan sus servicios para entidades públicas que ejecutan obras de construcción por administración directa.

e) De la eventual derogación del D.S. 007-77-TR por el D. Leg. Nro. 727

Desde otro punto de vista, el Decreto Legislativo Nro. 727 no alude en modo alguno al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, de manera que expresamente no la modifica y menos deroga.

Por lo que agotando el análisis jurídico en cuanto a una **eventual derogación tácita** del Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, se tiene:

e.1. El artículo I del Título Preliminar del Código Civil, establece que la derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

e.2. De lo establecido en la norma antes referida, se tiene entonces que tenemos una derogación expresa y una derogación tácita de la ley, siendo que ésta última está circunscrita a dos supuestos, el primero, al caso de incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior; el segundo, cuando la materia de la ley anterior es íntegramente regulada por la nueva ley.

e.3. En cuanto al supuesto de incompatibilidad entre la nueva y la anterior ley

En el caso del Decreto Legislativo Nro. 727 y el D.S. 07-77-TR, la pregunta a responder es si se evidencia incompatibilidad entre ambas normas. Conforme a lo analizado en relación al D.S. 07-77-TR, la misma regula los beneficios a gozar por los trabajadores eventuales especializados en obras de construcción civil, que ejecuta directamente el Estado, mientras que el Decreto Legislativo Nro. 727, es una ley de fomento a la inversión privada en la construcción; por tanto, en modo alguno resultan ser incompatibles ya que cada norma tiene su propio ámbito de aplicación, una tratándose del empleador Estado y la otra, tratándose de empleador privado, sea persona natural o jurídica de derecho privado.

e.4. En cuanto al caso que se presenta cuando la materia de la ley anterior es íntegramente regulada por la nueva ley.

¿El Decreto Legislativo Nro. 727 regula íntegramente lo que a su vez regula el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR?, sin duda que no, ya que aquella no deja sin efecto el régimen especial de construcción civil; no comprende dentro de sus alcances a los obreros que ejecutan obras de construcción por administración directa por las entidades públicas; no

sustituye el régimen de construcción civil por uno nuevo, diferente; no deja sin efecto las normas que regulan la posibilidad que las entidades públicas puedan ejecutar obras de construcción por administración directa como son el artículo 35 inciso d), el artículo 42 inciso f) de la Ley Nro. 27783 Ley de Bases de la Descentralización, referidos a la competencia de los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, respectivamente, para ejecutar inversiones públicas, en proyectos de infraestructura vial, entre otros; el numeral 4.1 del artículo 73 de la Ley 27972 Ley Orgánica de Municipalidades, el literal h) del artículo 9 de la Ley 27867 Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, el literal a) del artículo 59 de la Ley Nro. 28411 Ley General del Sistema de Presupuesto. El Decreto Supremo Nro. 07-77-TR establece que los trabajadores eventuales en obras de construcción civil, que ejecuta directamente el Estado, tendrán derecho a percibir los beneficios en ella indicados, de acuerdo al régimen de construcción civil. Siendo así, tampoco en este caso se advierte un supuesto de derogación tácita del Decreto analizado.

Finalmente, existe una gran cantidad de normas especiales, convenios colectivos y otras referidas al régimen de construcción civil, que regulan diversos temas como el de la remuneración básica, descansos remunerados, horas extras, bonificación unificada de construcción (BUC), bonificación por altura, bonificación por contacto directo con agua, bonificación por altitud, bonificación por trabajo nocturno, movilidad acumulada, asignaciones, gratificaciones de fiestas patrias y Navidad, indemnización o compensación por tiempo de servicios, turnos, etc., todo lo que le da una característica muy especial.

En conclusión, del análisis efectuado, se estima que el Decreto Legislativo Nro. 727 no ha derogado ni expresa ni tácitamente al Decreto Supremo Nro. 007-77-TR.

5. REGULACIÓN NORMATIVA EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA POR LOS GOBIERNOS LOCALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

5.1. De las formas de ejecución de obras por las entidades públicas.

De conformidad con el artículo 1 y el artículo 3 de la Ley Nro. 30225 Ley de Contrataciones del Estado, publicada el 11 de julio de 2014, tal norma regula las contrataciones del Estado de bienes, servicios y obras a cargo de proveedores, esto es,

que en ella se regula todos aquellos casos en los que el Estado, decide contratar a un proveedor para comprar bienes, obtener servicios o para que se ejecuten obras.

En el artículo 21 de la norma antes referida, se regula los procedimientos de selección del proveedor, que son: licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultas individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contrataciones públicas.

En cuanto a la ejecución de obras, las mismas pueden ser materializadas a través de proveedores, en cuyo caso deberán aplicar la Ley de Contrataciones del Estado Nro. 30225 ya referida; sin embargo, las entidades públicas también podrían ejecutar tales obras directamente, esto es, encargarse de materializarlas ellas mismas, en base a las normas que serán objeto de análisis en los numerales siguientes.

Por tanto, no es objeto de estudio de la presente investigación, las contrataciones del Estado que realizan con proveedores ni las normas que regulan tal situación, esto es, aquellas obras entre otras acciones que se materializan la ejecución a través de empresas privadas utilizando para ello alguno de los procedimientos que regula la Ley de Contrataciones con el Estado; sí más bien es objeto de estudio, la contratación de obreros de construcción por las entidades públicas, cuando éstas deciden ejecutar obras de construcción civil de manera directa, por lo que en los numerales siguientes, veremos las normas que sustentan tal forma de ejecución de obras.

5.2. Ejecución de obras por administración directa por Gobiernos Locales

El artículo 73° de la Ley Nro. 27972 Ley Orgánica de Municipalidades⁹³, establece las competencia municipal, precisando en el numeral 4.1 que corresponde en materia de desarrollo y economía local, el planeamiento y **desarrollo de infraestructura** para el desarrollo local, infiriéndose en tal sentido, que dentro de sus funciones se encuentra la ejecución directa de obras de infraestructura. (Negrilla nuestra).

⁹³ ARTÍCULO 73.- MATERIAS DE COMPETENCIA MUNICIPAL

4. En materia de desarrollo y economía local

4.1. Planeamiento y dotación de infraestructura para el desarrollo local.

Adicionalmente, se tiene que el artículo 42 inciso f) de la Ley Nro. 27783 Ley de Bases de la Descentralización⁹⁴, le otorga competencia exclusiva a las Municipalidades, **para ejecutar** y supervisar la obra pública de carácter local. (Negrilla nuestra).

También le es aplicable el literal a) del artículo 59 de la Ley Nro. 28411 Ley General del Sistema de Presupuesto⁹⁵, en relación a la ejecución de obras de inversión pública, en proyectos de infraestructura vial, entre otros.

De lo precisado, se tiene que los Gobiernos Locales pueden y de hecho ejecutan por administración directa obras de infraestructura, las que sí se encuentran clasificadas en la división 45 de la categoría F descrita en el punto precedente y que evidentemente son actividades comprendidas dentro de la industria de la construcción.

5.3. Ejecución de obras por administración directa por Gobiernos Regionales

El literal h) del artículo 9° de la Ley Nro. 27867 Ley Orgánica de Gobiernos Regionales⁹⁶, establece entre otras como una de las competencias constitucionales de los Gobiernos Regionales, la de fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional. Asimismo, el literal d) del numeral 1° del artículo 10°, prescribe como una de las competencias exclusivas de los Gobierno Regional, la de promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades.

⁹⁴ **Artículo 42.- Competencias exclusivas**

f) Ejecutar y supervisar la obra pública de carácter local.

⁹⁵ Artículo 59.- Tipos de Ejecución Presupuestal de la Actividades, Proyectos y Componentes La ejecución de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes, de ser el caso, se sujeta a los siguientes tipos: a) Ejecución Presupuestaria Directa: Se produce cuando la Entidad con su personal e infraestructura es el ejecutor presupuestal y financiero de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes.

⁹⁶ Artículo 9.- Competencias constitucionales. Los gobiernos regionales son competentes para:

h) Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.

Artículo 10.- Competencias Exclusivas. Son competencias exclusivas, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de la Descentralización Nro. 27783, las siguientes:

1. Competencias Exclusivas

d) Promover y ejecutar las inversiones públicas en el ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades.

Adicionalmente, se tiene que el artículo 35 inciso d) de la Ley Nro. 27783 Ley de Bases de la Descentralización⁹⁷, le otorga competencia exclusiva a los Gobiernos Regionales para promover y **ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional, en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicación y de servicios básicos de ámbito regional.**

Como podemos apreciar, los Gobiernos Regionales poseen competencias en materia de infraestructura, la ejecución de obras y proyectos con un alcance e impacto regional, pudiendo lógicamente realizarlas en forma directa.

5.4. Ejecución de obras por administración directa por cualquier entidad pública

El literal a) del artículo 59° de la Ley Nro. 28411 Ley General del Sistema de Presupuesto y que ya hemos citado, señala que la ejecución de las actividades y proyectos así como sus respectivos componentes, de ser el caso, **puede sujetarse a la Ejecución Presupuestaria Directa**, la misma que se produce cuando la entidad con su personal e infraestructura es el ejecutor presupuestal y financiero de las actividades o proyectos así como de sus respectivos componentes.

5.5. Ejecución de las obras públicas por administración directa. Resolución de Contraloría N° 195-88-CG de 18 de julio de 1988⁹⁸.

⁹⁷ **COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES**

Artículo 35.- Competencias exclusivas

d) Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades.

⁹⁸ Artículo 1.- APROBAR las siguientes normas que regulan la Ejecución de las Obras Públicas por Administración Directa.

1. Las Entidades que programen la ejecución de obras bajo esta modalidad, deben contar con: la asignación presupuestal correspondiente, el personal técnico-administrativo y los equipos necesarios.
3. Es requisito indispensable para la ejecución de estas obras, contar con el “Expediente Técnico”, aprobado por el nivel competente, el mismo que comprenderá (...)
5. En la etapa de construcción, la Entidad dispondrá de un “Cuaderno de Obra”, debidamente foliado y legalizado, el que se anotará: (...).
7. La Entidad designará al Ingeniero Residente responsable de la ejecución de la obra, en aquellos casos cuyo costo total de la misma sea igual o mayor al costo previsto en la Ley Anual del Presupuesto para la contratación mediante concurso público de precios (...)
9. Durante la ejecución de las obras se realizarán pruebas de: control de calidad de los trabajos, materiales, (...).
11. Concluida la Obra, la Entidad designará una Comisión par que formule el Acta de recepción de los trabajos, y se encargue de l liquidación técnica y financiera, en un plazo de 30 días de suscrita la referida Acta. (...).

Mediante la Resolución referida, se aprueba normas que regulan la Ejecución de las Obras Públicas por Administración Directa, precisando entre otras normas, que las entidades que programen la ejecución de obras bajo esta modalidad, deben contar con la asignación presupuestal correspondiente, el personal técnico administrativo y los equipos necesarios; así mismo se establece la obligación de contratar a un Ingeniero Residente, también se regula el mecanismo a proceder al concluirse la obra, entre otros aspectos, de modo que se trata de una forma de ejecución de obras –por administración directa-, formalmente reglada.

La Resolución indicada, entonces lo que hace es aprobar normas precisamente en la ejecución de obras por administración directa, que las entidades públicas deben observar y cumplir, por lo tanto, se trata de una forma de ejecución de obras públicas, totalmente regulado.

5.6. Conclusión

De lo establecido en las normas legales aludidas en los numerales anteriores, se tiene entonces que los Gobiernos Locales, los Gobiernos Regionales, finalmente, toda entidad pública, puede ejecutar obras de construcción por administración directa, claro ciertamente respecto de aquellas que corresponden al cumplimiento de sus funciones por ley otorgadas.

6. DEL RÉGIMEN LABORAL DE LOS OBREROS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

El régimen laboral común de los obreros de las entidades públicas, es pertinente también precisar en la presente investigación, ya que a partir de ello es que pueden desprenderse regímenes especiales, dentro del régimen genérico, como también lo expresa la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema⁹⁹. También tal aspecto es importante, por cuanto ante el supuesto de insuficiencia normativa de la norma especial,

⁹⁹ Cas. Lab. Nro. 17193-2013-Moquegua, del 3 de setiembre de 2014, publicado en El Peruano el 30 de abril de 2015. Sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República. Cuarto Considerando: “*El régimen laboral de la actividad privada está compuesto por un universo de disposiciones legales destinadas a regular, el régimen común y diversos regímenes especiales como, entre otros, el de Construcción Civil, Mineros, Periodistas, Médicos, Deportistas, Profesores, Pescadores, Hospedaje, en razón de las peculiaridades propias de sus labores; que, desde este punto de vista, y a efectos de ubicar la esencia del problema, es preciso verificar si es que en este proceso se ha determinado con propiedad la normatividad aplicable y compatible con el régimen laboral que vincula a las partes, pues ello constituye el requisito indispensable para ejercer el control en relación con la correcta aplicación de las disposiciones materiales pertinentes*”.

corresponde aplicarse supletoriamente las normas pertinentes al régimen común del género correspondiente. De hecho en la interpretación de normas, uno de los métodos es el sistemático, lo que involucra analizar el conjunto de normas que se encuentran dentro del ámbito correspondiente, así por ejemplo, aquellos trabajadores que se encuentran comprendidos en la Ley Nro. 24041, se les aplica las normas pertinentes del Decreto Legislativo Nro. 276 Ley de Bases de la Carrera Pública, en atención a que aquella norma regula un supuesto especial de permanencia en el centro laboral, en la condición de servidor público.

En sentido distinto, si se trata de un régimen especial de la actividad privada, en caso de la necesidad de resolver algunos problemas de indeterminación del derecho, sería pertinente aplicarse las normas del régimen laboral común de la actividad privada, en tanto no sean incompatibles, lo que supone una interpretación sistemática de la norma; claro está que en caso de no poder resolver el asunto de la forma señalada, se tiene entonces que corresponde acudir a los principios, como ya se ha analizado en la parte pertinente de la presente investigación. En el aspecto de la aplicación supletoria de la norma común, a manera de ejemplo, podemos señalar que el artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (cuyo ámbito de aplicación es a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, conforme a su artículo 3), que regula los elementos del contrato de trabajo, serían perfectamente aplicables en caso de controversia en cuanto a si una persona que realiza actividades de construcción, es trabajador dependiente o si por el contrario es un trabajador independiente, sujeto por ejemplo a un contrato de locación de obra.

Hecha la precisión anotada y la pertinencia de aludir al aspecto de la referencia en la presente investigación, entonces sobre el particular se tiene:

-Ley Nro. 8439 del 22 de junio de 1936.- En sus artículos 1 y 2 fija el monto de la indemnización que deberán pagar las empresas comerciales, agrícolas, mineras, etc, a sus empleados, en caso de retiro y despedida. El artículo 3 literalmente establece: *“En las mismas empresas, los obreros tendrán derecho a una indemnización de quince días de salario por año de servicios; en caso de despedida del trabajo. En caso de muerte las compensaciones pasarán a sus herederos o personas que económicamente dependen de ellos.”*. De lo señalado, se tiene entonces que a los obreros se les reconoce algunos

beneficios que también se regularon para los empleados de empresas comerciales y otras, ciertamente privados.

-La Ley Nro. 9555 del 14 de enero de 1942, en su artículo único literalmente establece: *“Hágase extensivo a los obreros que prestan sus servicios en general al Estado y en las Municipalidades Provinciales y Distritales y Sociedades de Beneficencia de Lima y Callao, los beneficios concedidos por el artículo 3 de la ley Nro. 8439”*. Haciendo una interpretación literal de la norma, se tiene entonces que a los obreros de las entidades públicas, se les concede los beneficios previstas en la Ley Nro. 8439, para los obreros de las empresas privadas.

- El segundo párrafo del artículo 1 del Decreto Ley Nro. 11377 Estatuto y Escalafón del Servicio Civil del 16 de junio de 1950, establecía: *“Considerase Empleado Público a toda persona que desempeñe labores remuneradas en las Reparticiones del Estado. Los que realicen labores propias de obreros en las dependencias públicas, estarán comprendidos sólo en las disposiciones que específicamente se han dictado para estos servidores a excepción de los del servicio interno que se acogerán a las disposiciones del presente Estatuto”*. Por su parte el inciso d) del artículo 6, establecía: **“Personal de servicio interno, constituidos por los porteros, portapliegos, choferes, ascensoristas y demás servidores manuales que realicen labores de naturaleza análoga con plaza de presupuesto en una Repartición del Estado”**. De lo precisado, se tiene entonces que los obreros al servicio de las reparticiones del Estado, estarán comprendidos en las disposiciones que específicamente se han dictado para estos servidores, esto es, para los obreros, ya que a excepción del personal de servicio interno como los porteros, entre otros, quedaron comprendidos en el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil.

- El tercer acápite de la Primera Disposición Complementaria Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nro. 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, del 24 de marzo de 1984, establece: *“El personal obrero al servicio del Estado se rige por las normas pertinentes”*. Entonces, en principio los obreros no se encuentran comprendidos dentro de la Carrera Administrativa y en segundo lugar, se rigen por las pertinentes, las que ciertamente son las normas aplicables a los obreros, incluyendo las normas especiales que corresponden a regímenes especiales, no hay forma de hacer una exclusión que involucre una interpretación restrictiva de derechos y beneficios al trabajador, ya que ello supondría

hacer una interpretación eventualmente en caso de duda, desfavorable al trabajador, en total contraposición con el principio constitucional del *in dubio pro operario* que ya ha sido analizado y que recoge el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política del Estado.

- El Tribunal Constitucional¹⁰⁰, ha señalado en el Fundamento 6: *“Que siendo ello así, los obreros que prestaban servicios al Estado desde de la modificatoria de la Ley Nro. 8439 se encontraban comprendidos en el régimen de la actividad privada y les correspondía percibir los derechos derivados del mismo, razón por la cual, si bien aquellos obreros contratados por el Estado recibían la denominación de servidores públicos por encontrarse prestando servicios en reparticiones del Estado, el régimen bajo el cual servían era el de la actividad privada, correspondiéndoles únicamente la aplicación del Decreto Ley Nro. 11377, respecto de las facultades de dirección del empleador estatal; es decir, el establecimiento de normas para la prestación del servicio, horarios, remuneración, procesos disciplinarios, entre otros aspectos, mas no las normas del régimen público. Consecuentemente, antes de la entrada en vigencia de Decreto Supremo Nro. 033-2002-MTC, el régimen laboral bajo el cual prestaron servicios los demandantes a PROVIAS NACIONAL era el de la actividad privada.”*. Lo señalado, nos dice con absoluta claridad que los obreros que prestan servicios en las entidades del Estado, están sujetos al régimen de la actividad privada.

-Debe entenderse que en el caso de existir normas particulares para determinados obreros, les serán de aplicación en base al principio de especialidad, que es una de las metareglas que resuelven casos de indeterminación del derecho derivado de supuestos en los que eventualmente resulten aplicables dos normas incompatibles, lo que se conoce como las antinomias. Siendo así, si hay un régimen laboral especial por la naturaleza propia de una actividad y además, tienen mayores y mejores derechos, está claro que se aplica las normas del régimen especial a los obreros que se encuentren en tal situación.

- En definitiva, se tiene que los obreros que prestan sus servicios en las entidades públicas, se rigen por las normas pertinentes de los obreros, que es el del régimen de la actividad privada; y, si eventualmente ello involucra que se encuentren dentro de un

¹⁰⁰www.tc.gob.pe STC NRO. 3519-2003-AA/TC, Moquegua, en la Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional de fecha 18 de octubre de 2004.

régimen especial por la naturaleza propia de la actividad, por supuesto que en primer orden les será de aplicación las normas de tal régimen especial. Así, en el caso de obreros que por la naturaleza de sus actividades, ejemplo, la construcción, les corresponde aplicar las normas del régimen laboral de construcción civil.

7. ANÁLISIS CONCLUSIVO

De las normas referidas anteriormente, se desprende que los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y entidades públicas en general, pueden ejecutar legalmente, obras públicas de construcción por administración directa, esto es, pueden ejecutar obras públicas no con la intervención de contratistas sino asumiendo la responsabilidad directa de materializarlas, contando con expediente técnico, un presupuesto, un cuaderno de obra, contando con una unidad orgánica responsable de cautelar la supervisión de las obras, debiendo también designarse un ingeniero residente, etc.

Es pertinente precisar también, que conforme al análisis jurídico ya realizado en relación al Decreto Legislativo Nro. 727, dicha norma no alude a las normas legales referidas en este capítulo; no modifica, no deroga expresamente aquellas normas; finalmente, no regula total ni parcialmente la ejecución de obras de construcción por administración directa por las entidades públicas y en consecuencia, tampoco se presenta un caso de derogación tácita.

De lo señalado, se tiene entonces que las entidades públicas pueden utilizar los sistemas de contratación conforme a la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo Nro. 1017 modificado por la Ley Nro. 29873, y, también, pueden ejecutar las obras como ya se ha dicho, por administración directa, lo que supone el cumplimiento entre otros aspectos, de las normas laborales, de seguridad en el trabajo, de seguro social correspondientes, en relación a los trabajadores obreros que contratan.

Los obreros que prestan servicios para las entidades públicas, se encuentran dentro del régimen de la actividad privada y en el caso de existir normas especiales por la naturaleza de las actividades para un sector de obreros, en base al principio de especialidad que resuelve casos de antinomias, le son de aplicación las normas especiales.

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y EJECUTORIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA. ANÁLISIS JURÍDICO

1. ALGUNAS NOCIONES GENERALES

1.1. Debido proceso y deber de motivación de las decisiones judiciales

El inciso 5° del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 2° de la sentencia recaída en el expediente N° 04348-2005-PA/TC señala que: *“el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”*.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia Nro. 01230-2002-PHC/TC en el fundamento 11 señala: *“Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables”*.

De lo señalado por nuestro propio Tribunal Constitucional en relación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, es que se trata de uno de los contenidos del derecho al debido proceso, por tanto, se trata de un derecho fundamental; en segundo lugar, que se trata de una obligación del Juez, de cualquier orden y grado, de cumplir con la motivación suficiente de sus decisiones, de señalar en el caso de la justificación normativa, porque se ha optado por la aplicación de una norma, cual es el razonamiento efectuado para llegar a una interpretación determinada. Ello importa decirle a las partes que intervienen en el proceso, porqué se ha decidido en determinado sentido; es parte de la legitimidad de la decisión y de la contribución a la legitimación institucional en relación al colectivo en general.

1.2. De la justificación de las decisiones judiciales

Como señala Martínez Zorrilla¹⁰¹, *“Una de las principales funciones del Derecho es la de servir como instrumento catalizador de los conflictos de intereses en una sociedad, que de dejarlos sin control alguno podrían, en el peor de los casos, amenazar con la destrucción de la misma sociedad como tal. (...). No obstante, tales autoridades no pueden sin más tomar decisiones de manera arbitraria, sino que sus decisiones deben estar justificadas, entendiéndose por ello, usualmente (al menos en la tradición jurídica positivista), que se correspondan con lo que establece el ordenamiento jurídico para tales decisiones (...).”*

Entonces, en cualquier Estado, más aún en un Estado Constitucional de Derecho, el rol del derecho es vital entre otras funciones, la de solucionar los conflictos de intereses que se presenten, a efecto de permitir una convivencia organizada, justa, en paz. La función de resolver esos conflictos, recae fundamentalmente en el Poder Judicial, quien tiene la potestad de administrar justicia en nombre del pueblo, tal como también lo prevé el artículo 138 de la Constitución Política del Estado. Sin embargo, esa potestad de administrar justicia, debe ser ejercida correctamente, lo que supone entre otros aspectos, el justificar sus decisiones por los Jueces, a efecto de evitar cualquier arbitrariedad y también para los efectos de poder ser controlada la misma.

¹⁰¹ MARTÍNEZ ZORRILLA, David. “Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid –España 2007, p. 37.

Como se sabe, J. Wróblewski, fue el primero en introducir la distinción de la justificación de las decisiones judiciales, en una justificación interna y externa, lo que abordaremos a continuación.

1.2.1. Justificación Interna

Como señala Moreso y Vilajosana¹⁰², “Ahora bien, *¿Cuándo podemos afirmar que una resolución está justificada desde el punto de vista jurídico?. Una resolución está justificada jurídicamente si y sólo si lo está interna y externamente.*”. **Luego en relación a la justificación interna precisa:** “*Un determinado argumento jurídico está internamente justificado si y sólo si la conclusión (fallo) se deriva lógicamente de las premisas (normativas y fácticas). Por tanto, para comprobar si se da este tipo de justificación hay que fijarse únicamente en la validez lógica de la inferencia que permite pasar de las premisas a la conclusión*”.

Aquí se trata solo de la subsunción de los hechos (premisa menor), a la norma (premisa mayor) y que se conoce dentro de la teoría de la argumentación jurídica como los casos fáciles, por cuanto no tiene mayor complicación resolver el caso, tanto respecto de la norma a aplicar como respecto de los hechos; se trata de la validez lógica que vincula las premisas con la conclusión de un argumento.

1.2.2. Justificación Externa

Siguiendo con Moreso y Vilajosana, en relación a la justificación externa nos precisa, “consiste en controlar la adecuación o solidez de sus premisas”; agrega, “*Para que el argumento que hemos expuesto anteriormente estuviera justificado externamente, sería necesario que la norma contenida en la primera premisa fuera una norma aplicable en el sistema jurídico español actual y que la segunda premisa fuera la expresión de una proposición verdadera*”.

Estando a lo señalado, se tiene entonces que la justificación externa de una decisión judicial, involucra en cuanto a la norma aplicable, el dar razones de cómo se establece la norma aplicable, de cómo se establece el sentido de la norma aplicable al efectuar la

¹⁰² MORESO, José Juan y VIOLAJOSANA, Josep M. Introducción a la Teoría del Derecho, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Primera Edición, Madrid-España 2004, Capítulo Aplicación del Derecho, pp. 175-189

interpretación correspondiente por el Juez; por otro lado, involucra en cuanto al aspecto fáctico, dar razones respecto de la validez de la proposición.

La justificación de la premisa fáctica pasa por problemas de prueba y problemas de calificación; sin embargo, para nuestra investigación no resulta relevante hacer mayor comentario en atención que se trata de una investigación eminentemente jurídica.

En cuanto a la justificación de la premisa normativa, nos dice Moreso y Vilajosana, *“Los problemas que pueden surgir a la hora de justificar la premisa normativa son: problemas de interpretación en sentido estricto y problemas de determinación de la norma aplicable”*. Agrega en cuanto a los problemas de interpretación en sentido estricto, *“A la hora de justificar la premisa normativa nos hallamos ante la necesidad de establecer el significado del texto o textos normativos que haya que tomar en consideración para resolver el caso en cuestión. Si esto es así, surgen otra vez los problemas de ambigüedad, vaguedad y textura abierta ..”*. En cuanto a los problemas de determinación de la norma aplicable la discusión está alrededor de si la norma expresada es o no aplicable a un determinado caso; así Moreso y Vilajosana, nos precisan que tenemos: a) **Normas pertenecientes pero no aplicables**, como es el caso de la *vacatio legis*, los casos de contradicciones o antinomias. b) **Normas no pertenecientes, pero aplicables**, como es el caso de la retroactividad de normas; en derecho internacional privado el elemento de extranjería, al tener que resolverse algunos conflictos, con normas que pertenecen a un sistema jurídico distinto al lugar donde se emite pronunciamiento; el caso de la laguna normativa, que se resuelve con el argumento a contrario, o bien el argumento analógico.

Conforme a la teoría de la argumentación, un caso resulta difícil o complejo, cuando se debe hacer previamente una justificación externa, esto es una justificación jurídica y/o además fáctica para establecer la norma aplicable y cuando se trata de hechos, los que realmente correspondan, a efecto de llegar a un nivel de certeza razonable.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS CRÍTICO

A continuación analizaremos una sentencia tipo del Tribunal Constitucional, al resolver conflictos donde se alude haberse contratado por alguna Municipalidad, a obreros de construcción civil en la ejecución de obras por administración directa.

2.1. Expediente Nro. 00325-2011-PA/TC¹⁰³. Análisis jurídico

Identificación del Expediente:

Sentencia emitida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el 16 de mayo del año 2011 y publicada el día 25 del mismo mes y año, emite Resolución absolviendo el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilfredo Alberto Catacora Chambilla, en contra de la Sentencia expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta en contra de la Municipalidad Distrital de Torata. El Primer Juzgado Mixto de Mariscal Nieto, declaró improcedente la demanda por considerar que existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, la cual fue confirmada por la Sala Superior.

Hechos:

Según precisa la parte demandante, se venía desempeñando como vigilante del local institucional; también precisa haber laborado para la emplazada desde el 1 de febrero hasta el 18 de mayo de 2009, fecha en que fue despedido sin expresión de una causa justa.

Por su parte el Procurador de la demandada, refiere que el actor ha laborado como peón en el régimen de construcción civil para diferentes obras, por lo que al haber culminado las obras en las que laboró, entonces se extinguió su vínculo.

Petitorio:

Se interpuso una demanda de amparo, para solicitar el cese de los actos violatorios del derecho al trabajo y al debido proceso, y que por consiguiente se le reponga al señor Catacora Chambilla en el cargo que venía desempeñando.

Fundamentos jurídicos relevantes del Tribunal:

Fundamento 3.- *“Para resolver la controversia conviene subrayar que en el escrito de contestación de la demanda, obrante a fojas 71, se señala que “es verdad que el*

¹⁰³www.tc.gob.pe Tribunal Constitucional del Perú

*demandante ha trabajado para la Municipalidad Distrital de Torata, **pero ha trabajado como peón y bajo el régimen de construcción civil(...)**”.*

Fundamento 4.—“*En tal sentido resulta necesario recordar que el artículo 3° del Decreto Legislativo Nro. 727 establece que “Están comprendidas en los alcances de la presente Ley, las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas”.*”.

Teniendo presente el artículo descrito, resulta manifiesto que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de la construcción, por lo que en el presente caso los alegatos de la Municipalidad emplazada que contrató al demandante en forma fraudulenta porque no tiene la capacidad de contratarlo bajo el régimen laboral de construcción civil, por lo que en aplicación del artículo 4° del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, puede concluirse que entre las partes existió una relación laboral a plazo indeterminado.”

Luego, en los fundamentos 5 y 6, concluye que al haberse despedido al demandante de manera verbal, sin expresarle causa alguna, se ha vulnerado el derecho al trabajo del demandante. Estos fundamentos para los efectos de la presente investigación son irrelevantes, en atención a que están planteados desde la perspectiva de que el actor debía tener la condición de trabajador a plazo indeterminado, dentro del régimen laboral común que recoge el Decreto Supremo Nro. 003-97-TR.

Siendo así, entonces la decisión se sustenta en que resultaría manifiesto por el texto del artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727, que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de la construcción y por tanto existió fraude en la contratación del demandante.

Decisión:

1. “*Declarar FUNDADA demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo; en consecuencia, NULO el despido incausado del que ha sido víctima el demandante.*”

2. *ORDENAR que la Municipalidad Distrital de Torata reponga a don Wilfredo Alberto Catacora Chambilla como trabajador en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, (...).*”

Análisis crítico:

En síntesis los fundamentos jurídicos de la decisión del Tribunal se basan:

- a) En el artículo 3° del Decreto Legislativo Nro. 727, para afirmar con ello que las Municipalidades no son personas que se dedican a actividades de la construcción, por lo que no tienen la capacidad de contratar bajo el régimen de construcción civil.
- b) Siendo así, existe fraude en la contratación del actor y en tal sentido en aplicación del artículo 4 del D.S. 003-97-TR, hay una relación laboral a plazo indeterminado.

La pregunta a responder es, ¿la decisión se sustenta en una justificación interna y externa suficiente?

Se precisa lo siguiente:

-El presente caso evidentemente no es uno fácil sino por el contrario es uno difícil, como lo denominaría la Teoría de la Argumentación Jurídica, en atención a que requiere previo a una subsunción de los hechos a la norma (justificación interna), efectuar el estudio jurídico correspondiente, para establecer en principio la (s) normas aplicables al caso; en segundo lugar, seleccionadas las normas, efectuar el trabajo interpretativo respectivo a efecto de determinar el sentido adecuado a la norma; en tercer lugar, recién proceder a la subsunción de los hechos, si no hay duda sobre los mismos, en cuyo caso también ello tendría que dilucidarse (justificación externa).

- No se hace análisis del conjunto de los artículos del Decreto Legislativo Nro. 727, como es el caso de los artículos 1, 11, 12, 14, sus disposiciones finales, que ciertamente están vinculadas al artículo 3, en la línea de sustentarse que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de construcción.

- No se analiza la situación jurídica referida a si las Municipalidades y en general las entidades públicas, pueden o no ejecutar obras de construcción por administración directa; es más, ni se plantea tal situación y por tanto, no se analiza el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, que precisamente regula la posibilidad de contratar trabajadores eventuales para la ejecución de obras de construcción por las entidades públicas,

gozando de determinados beneficios dentro del régimen laboral de construcción civil, lo que ha sido objeto del análisis respectivo en el Régimen Legal desarrollado en el Capítulo III del Título II de la presente investigación. Aquí tampoco se analiza las normas que habilitan a las entidades públicas, el ejecutar obras de construcción por administración directa y las que han sido objeto de análisis en la parte referida al régimen legal.

- No se analiza el conjunto de normas del Régimen Laboral de Construcción Civil; tampoco se analiza las normas referidas a la seguridad social tanto en salud como previsional. Aquellas normas se han hecho alusión en el Capítulo III del Título II de la presente investigación.

- No se analiza los principios que están vinculados al presente caso, como es el de igualdad, irrenunciabilidad de derechos laborales, entre otros. Así mismo, no se analiza los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte, que lógicamente guardan relación con este caso, como los que han sido analizados en el Capítulo II del Título II, como los Convenios números 100, 62, 111, 87 y 98 de la OIT, que están referidos a la igualdad de remuneración, sobre prescripciones de seguridad, la discriminación, la libertad sindical, el derecho de sindicación y negociación colectiva.

- De lo señalado, se advierte sin duda alguna y respondiendo a la pregunta formulada, que no se habría cumplido con efectuar una adecuada justificación interna y, una ausencia total de justificación externa de la decisión.

De la logicidad de la conclusión del Tribunal

Se afirma al amparo del artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727, que al no ser las Municipalidades personas jurídicas que se dediquen a actividades de la construcción, entonces no tienen capacidad para contratar bajo el régimen de construcción civil.

En principio, no se podría tratar de una interpretación literal de la norma la efectuada por el Tribunal en relación a la conclusión aludida, en atención a que tal tipo de interpretación permite señalar que sí se encuentran comprendidas en dicha norma, las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción, comprendidas en la Gran División 5 de la CIIU. La conclusión de quienes NO están comprendidas, ciertamente no es una interpretación literal.

El método lógico de interpretación de normas, que podría haber utilizado el Tribunal Constitucional, supone como ya hemos indicado precedentemente en el Capítulo III y siguiendo con ello lo precisado por Torres Vásquez (autor ya citado), que del enunciado o conjunto de ellos, deriven las consecuencias deductivas que están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas en los enunciados normativos que se han tomado como premisas.

En este caso, no se han precisado las reglas de inferencia utilizadas, no se ha señalado el o los principios generales del derecho, que se han utilizado para llegar a la conclusión aludida, por lo que ello no permite efectuar un control adecuado y claro también ello afecta a la justificación externa de la decisión.

Se podría deducir por la conclusión, que se habría utilizado el *argumento a contrario sensu*, es decir como ya se ha señalado oportunamente, *si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros*; sin embargo, en tal supuesto la lógica consecuencia en contrario, sería que las Municipalidades, entonces no se encuentran dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nro. 727 y no que dichas entidades no pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, ya que ello no es el sentido contrario a las premisas aludidas.

Por tanto, la deducción a la que llega el Tribunal Constitucional, es ausente de logicidad y en tal sentido la conclusión arribada y que es objeto de análisis, estimo que es errada.

En cuanto a la decisión

Primero no estaría justificada, no se habría emitido cumpliendo la fundamentación con los parámetros de motivación suficiente que recoge nuestra Carta Magna y cuya obligación también alcanza evidentemente al Tribunal Constitucional.

Al margen de ello, el sentido de la decisión sería errado, en atención a que estando a lo analizado en el Capítulo referido al Régimen Legal, se tiene que para empezar está vigente el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, que posibilita que el Estado pueda contratar trabajadores eventuales para la ejecución de obras de construcción por administración directa, percibiendo algunos beneficios del régimen de construcción civil; en tal sentido, estimo es contraria a derecho la decisión, más aún que no se ha

efectuado justificación alguna en relación a tal aspecto, ni que hubiera sido derogada tácitamente por el Decreto Legislativo Nro. 727.

Conclusión del análisis crítico

En conclusión, si bien conforme a lo analizado, las Municipalidades y en general las entidades públicas se encuentran fuera del alcance del Decreto Legislativo Nro. 727, por estar dirigidas a las personas y empresas privadas; sin embargo ello no significa que las entidades públicas no puedan contratar obreros dentro del régimen de construcción civil, en tal sentido, se tiene que la justificación de la decisión no habría cumplido con los parámetros mínimos de justificación interna y habría una ausencia total de justificación externa normativa; particularmente, por no haber utilizado el método sistemático de interpretación, omitiendo efectuar el análisis integral del derecho en relación al caso.

Se ha afectado el derecho a la motivación de las decisiones judiciales y finalmente se habría decidido en contra del derecho, desde una perspectiva de interpretación sistemática que correspondería hacerse en el presente caso, más aún al no haberse analizado derechos y principios constitucionales, derechos y principios reconocidos en las diversas normas internacionales que se ha hecho alusión en la parte pertinente de la presente investigación.

2.2. Otras sentencias con pronunciamientos similares

Asimismo, resulta necesario indicar que el Tribunal Constitucional ha venido expidiendo sentencias siguiendo el criterio establecido en el caso anteriormente analizado, y además, consignando los mismos fundamentos para su decisión. A continuación precisamos algunas sentencias:

a) La STC Nro. 03637-2010-PA/TC¹⁰⁴, emitida el día 19 de mayo del año 2011 por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el proceso de amparo seguido contra la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, en el fundamento jurídico 7 dice: *“De otro lado este Tribunal considera que otro aspecto importante que evidencia la desnaturalización de los contratos de trabajo bajo el régimen de construcción civil suscritos por las partes, es que conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nro. 727, únicamente las empresas constructoras de inversión limitada están facultadas para contratar personal para la prestación de servicios bajo el régimen de*

¹⁰⁴www.tc.gob.pe

*construcción civil, por lo que no siendo éste el caso de la Municipalidad emplazada, la contratación del demandante fue fraudulenta y por ende existió entre las partes una relación laboral de naturaleza indeterminada...*¹⁰⁵ (sentencia Nro. 1188-2012-AA/TC, del 27-09-2012, Fundamento 3.3.9.).

b) La STC Nro. 01158-2011-PA/TC emitida el 9 de junio del 2011 por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el proceso de amparo seguido contra la Municipalidad Provincial del Cusco. El Fundamento Nro. 5 dice: *“Considerando el artículo descrito, resulta manifiesto que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dediquen a promuevan actividades de la construcción, por lo que en el presente caso los alegatos de la Municipalidad emplazada demuestran **que contrató al demandante en forma fraudulenta porque no tiene la capacidad de contratarlo bajo el régimen laboral de la construcción civil, por lo que en aplicación del artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, puede concluirse que entre las partes existió una relación laboral a plazo indeterminado.**”* (Negrilla nuestra).

c) La Sentencia recaída en el Expediente Nro. 03315-2011-PA/TC, Tacna del 9 de noviembre de 2011, emitida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. En el Fundamento 3 dice: *“Para resolver la controversia debe tenerse presente que en las boletas de pago obrantes de fojas 7 a 11, se advierte que la Municipalidad contrató al demandante bajo el régimen de construcción civil.”*. Luego en el Fundamento 4 dice: *“En tal sentido resulta necesario recordar que el artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727 prescribe que “Están comprendidas en los alcances de la presente Ley, las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIU)”*.

Luego en el Fundamento 5 se precisa: *“Teniendo presente el sentido del artículo transcrito, resulta manifiesto que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de construcción, por lo que en el presente caso los alegatos de la Municipalidad emplazada demuestran **que contrató al demandante en forma fraudulenta porque no tiene la capacidad de contratarlo bajo el régimen laboral de construcción civil, por lo que en aplicación del artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, puede concluirse que entre las partes existió una relación laboral a plazo***

¹⁰⁵ Negrilla nuestra

indeterminado. Este parecer ha sido sostenido en las SSTC 325-2011-PA/TC y 1158-2011-PA/TC.” (Negrilla nuestra).

d) En la sentencia recaída en el Expediente Nro. 01028-2012-AA/TC, Cajamarca, del 14 de mayo de 2013, emitida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el Fundamento 3.3.9, se señala lo siguiente: *“De otro lado, este Tribunal considera que otro aspecto importante que se debe resaltar es que conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nro. 727 “Ley de Fomento de la Inversión Privada”, únicamente las personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades de construcción o comprendidas en la gran división 5 de la CIU de las Naciones Unidas están facultadas para contratar personal para la prestación de servicios bajo el régimen de construcción civil, por lo que, en el presente caso, no siendo éste el caso de la Municipalidad emplazada, la contratación del demandante bajo un supuesto régimen de construcción civil sería fraudulenta, por lo que este Tribunal no comparte la argumentación esgrimida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.”.*

e) La STC Nro. 2022-2011-PA/TC, emitida el día 10 de enero del año 2012 por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el proceso de amparo seguido en contra de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, señala en el Fundamento Nro. 6.

“Al respecto, si bien la Municipalidad demandada ha alegado que el actor prestó servicios bajo el régimen de construcción civil, en la boleta de pago de junio y julio de 2009, obrante a fojas 35 y 36, se consigna que la condición laboral es la de obrero eventual de obras públicas. Asimismo, de fojas 22 a 34 obran las copias de los reportes del personal de obras municipales desde octubre de 2008 a agosto de 2009. Al respecto, debe recordarse que este Colegiado en la STC 03637-2010-PA/TC y en la STC 00325-2011-PA/TC, ha precisado que las Municipalidades no pueden contratar bajo este régimen laboral, pues no son personas jurídicas que se dedican a actividades de la construcción.”

En ninguna de las sentencias aludidas, el Tribunal analiza ni fundamenta porque las entidades públicas no pueden contratar trabajadores dentro del Régimen Laboral de Construcción Civil, ya que arriba a tal conclusión, por el hecho que en el Decreto Legislativo Nro. 727, solo se incluye a las empresas privadas o a las personas naturales que construyan directamente, con el objeto de fomentar la inversión privada. El afirmar

por otro lado que los obreros municipales están sujetos al régimen de la actividad privada, no excluye como ya se ha señalado anteriormente, que se aplique el régimen especial que por la naturaleza de sus labores corresponda, todo lo que ya ha sido analizado con amplitud.

3. FUENTES JUDICIALES

3.1. Jurisprudencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Luego de la búsqueda de jurisprudencia de las Salas de Derecho Constitucional y Social, emitidas en los últimos años desde el 2010, se ha podido ubicar la siguiente:

3.1.1. Cas. Lab. Nro.023-2012-CUSCO

Identificación del Expediente:

Sentencia del 14 de setiembre de 2012, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de marzo del 2014 y expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. La resolución ha sido emitida con ocasión del recurso de casación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia de vista de la Sala Mixta Descentralizada de Canchis - Sicuani, que revocando la sentencia de primera instancia declara improcedente la demanda de cobro de beneficios económicos, tramitado dentro del proceso laboral de la Ley Nro. 26636 Ley Procesal del Trabajo.

Hechos:

Según el actor, es trabajador de construcción civil, que ha laborado para la demandada en obras tales como construcción del Estadio de Espinar, construcción del Mercado Central, construcción Centro Cívico, pavimentación de las calles, entre otras construcciones. Que la demandada no le ha pagado sus beneficios conforme al régimen de construcción civil.

Por su parte la demandada, señala en su contestación, sin negar los hechos consignados por el actor, que este hace una interpretación equivocada del Decreto Legislativo Nro. 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, en el sentido que es explícita y aplicables a empresas privadas más no así a entidades del sector público

como son las Municipalidades. Se trata de inversión pública y no de inversión privada. Están sujetos al artículo 37 de la Ley Nro. 27972, esto es, el régimen general de la actividad privada.

Petitorio:

Se demanda el cobro de beneficios sociales dentro del régimen de construcción civil en calidad de obrero, siendo la demandada la Municipalidad Provincial de Espinar.

Fundamentos jurídicos relevantes de la decisión

Sexto Considerando:

“Que el artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727 establece de que están comprendidos en los alcances de la presente Ley, las personas naturales, jurídicas nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIIU); asimismo, el artículo 14 de la citada norma prescribe que los trabajadores que sean contratados por las empresas a que se refiere este Título, para la ejecución de obras civiles, regirán sus contratos y remuneraciones mediante acuerdo individual o colectivo con sus empleadores conforme a la legislación laboral común. Los contratos se celebrarán por obra o servicio y las remuneraciones se podrán fijar libremente, por jornal, destajo, rendimiento, tarea u otra modalidad.”

Séptimo Considerando:

“Dentro de este contexto, tenemos que son considerados trabajadores del régimen de construcción civil, las personas naturales que realizan labores de construcción para otra persona natural o jurídica dedicada a la actividad de la construcción, con relación de dependencia y a cambio de una remuneración; definición en la que se incluyen a los albañiles, carpinteros, fierros, pintores, electricistas, gasfiteros, plomeros, almaceneros, choferes, mecánicos y demás trabajadores calificados en una especialidad en el ramo”.

Octavo Considerando:

“Bajo este escenario, se debe tener en cuenta que para calificar a un trabajador si está o no bajo el régimen de la construcción civil, no es suficiente que se le califique bajo una de las denominaciones señaladas en el considerando precedente y se le consigne así en las boletas de pago o planillas de remuneraciones, pues también se debe tener en cuenta si la entidad que lo contrata es una persona jurídica de derecho público o privado, y en tal sentido el Decreto Legislativo Nro. 727 se refiere a las personas jurídicas de derecho privado dedicados a la labor de construcción, no encontrándose en el marco de esta norma, pues si bien las Municipalidades realizan obras de construcción civil, no es esta su actividad principal, los realiza por motivos inherentes a sus funciones propias de servicio a la Comunidad, dentro del marco de su propia Ley Orgánica, Ley Nro. 27972, que en el artículo IV del Título Preliminar, prevé su finalidad, señalando que: “los Gobiernos Locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción”, lo que significa que las Municipalidades no tienen por función dedicarse a la actividad lucrativa de la construcción, sino que tiene funciones propias, exclusivas y dentro de las específicas compartidas con las Municipalidades Distritales, conforme al artículo 86, numeral 2.6 de dicho cuerpo legal, que señala que: “Articular las zonas rurales con las urbanas, fortaleciendo así la economía regional”; teniendo para ello una normatividad propia constituida dentro del marco de la Ley Orgánica de Municipalidades que en su artículo 37 establece que: “(...) Los obreros que prestan servicios en las Municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen”, norma que no resulta incompatible con el régimen laboral especial de construcción civil, pues ambas normas se aplican bajo diferentes circunstancias.”

En el noveno considerando, se concluye que estando a que al demandante le corresponde el régimen de la actividad privada dentro de los alcances de la Ley Orgánica de las Municipalidades, entonces le resulta de aplicación el Decreto Legislativo Nro. 727 y que en tal sentido no existe vulneración a los derechos de su trabajo realizado por la Municipalidad demandada.

Decisión:

DECLARARON INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el abogado del demandante y en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista.

Análisis crítico

En síntesis los fundamentos jurídicos de la decisión de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se basan:

- a) En el artículo 3° del Decreto Legislativo Nro. 727, para afirmar con ello que están comprendidas en dicha norma las personas naturales, jurídicas nacionales o extranjeras que se dediquen o promuevan la actividad de la construcción; que en tal sentido, son considerados trabajadores del régimen de construcción civil, las personas naturales que realizan labores de construcción para aquellas personas.
- b) Que para establecer si un trabajador está o no bajo el régimen de construcción civil, no es suficiente que se le califique bajo unas de las denominaciones señaladas, esto es, como albañil, pintores, entre otros, y, que se le consigne así en las boletas de pago o planillas de remuneraciones, sino que además se debe tener en cuenta si la entidad que lo contrata es una persona jurídica de derecho público o privado. Además señala la Casación, que el Decreto Legislativo Nro. 727 se refiere a las personas jurídicas de derecho privado dedicadas a la labor de la construcción, no encontrándose las Municipalidades ni otra entidad del Estado comprendido en el marco de dicha norma.
- c) También precisa la Casación, que las Municipalidades no tienen por función dedicarse a la actividad lucrativa de la construcción, sino que tiene otras funciones.
- d) Se señala que las Municipalidades tienen normatividad propia y en tal sentido aludiendo al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, a sus obreros, les corresponde el régimen de la actividad privada.
- e) Concluye entonces, que al obrero de la Municipalidad, le corresponde el régimen laboral de la actividad privada y no la del Decreto Legislativo Nro. 727.

La pregunta a responder es, ¿la decisión se sustenta en una justificación interna y externa suficiente?

Se precisa lo siguiente:

-El presente caso evidentemente no es uno fácil sino por el contrario es uno difícil, como lo denominaría la Teoría de la Argumentación Jurídica, en atención a que requiere previo a una subsunción de los hechos a la norma (justificación interna), efectuar el estudio jurídico correspondiente, para establecer en principio la (s) normas aplicables al caso; en segundo lugar, seleccionadas las normas, efectuar el trabajo interpretativo respectivo a efecto de determinar el sentido adecuado a la norma; en tercer lugar, recién proceder a la subsunción de los hechos, si no hay duda sobre los mismos, en cuyo caso también ello tendría que dilucidarse (justificación externa que puede comprender el aspecto normativo y el fáctico).

- En la casación no se hace análisis del conjunto de los artículos del Decreto Legislativo Nro. 727, como es el caso de los artículos 1, 11, 12, sus disposiciones finales, que ciertamente están vinculadas al artículo 3, en la línea de sustentarse que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de construcción, sólo se alude al artículo 3 y al 14. Se señala que si bien las Municipalidades realizan obras de construcción civil, no es esta su actividad principal, que los realizan por motivos inherentes a sus funciones propias de servicio a la comunidad.

- En efecto, se afirma que las obras de construcción que realizan las Municipalidades no constituyen su actividad principal, ya que los realiza por motivos inherentes a sus funciones propias de servicio a la comunidad dentro del marco de la ley Nro. 27972, aludiendo al artículo IV del Título Preliminar, lo que significaría, según la Casación, que las Municipalidades no tienen por función dedicarse a la actividad lucrativa de la construcción si no que tiene funciones propias como la prevista en el artículo 186, numeral 2.6 de dicha ley. Al respecto, el fin lucrativo o no lucrativo de la actividad de quien ejecuta la obra de construcción, no puede ser una condición para que el trabajador esté en el régimen de construcción civil, se está agregando un requisito que no establece la norma; en todo caso, lo sería sólo para estar dentro del Decreto Legislativo Nro. 727; sin embargo, aún esto último no es del todo cierto, por cuanto también incluye su artículo 12, a las personas naturales que construyen directamente sus propias unidades de vivienda, con lo que se trata no propiamente una actividad lucrativa, sino la directa satisfacción del derecho que tiene el ser humano a una vivienda que le permita vivir en condiciones adecuadas. Imaginemos por otro lado y a manera de un caso concreto, que una fundación con fines altruistas por ejemplo de lucha contra el cáncer, que construye por administración directa un hospital, claro bajo la dirección de un equipo de

profesionales, ¿sería admisible que sus trabajadores no sean contratados dentro del régimen laboral de construcción civil?, la respuesta ciertamente es NO, ya que el régimen señalado, no depende del fin lucrativo o no, sino de las características propias de tal régimen y que ya han sido analizadas, como la temporalidad, ser riesgosa, la falta de estabilidad, la variabilidad territorial de la obra.

- No se analiza específicamente la situación jurídica referida a si las Municipalidades y en general las entidades públicas, pueden o no ejecutar obras de construcción por administración directa, sino que en forma tenue se consigna que no es su actividad principal y que los realizan por motivos inherentes a sus funciones, con lo que se admite en tales términos la realización de actividades de construcción. No se analiza así por ejemplo el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades; los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; el artículo 59 de la Ley General del sistema de Presupuesto, referido a la Ejecución Presupuestaria Directa por las entidades públicas; la Resolución de Contraloría Nro. 195-88-CG, que aprueba normas que regulan la ejecución de las obras públicas por administración directa.

- Y principalmente, no se analiza el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, que precisamente regula la posibilidad de contratar trabajadores eventuales para la ejecución de obras de construcción por las entidades públicas, gozando de determinados beneficios dentro del régimen laboral de construcción civil, lo que ha sido objeto del análisis respectivo en el Régimen Legal desarrollado en el Capítulo III del Título II de la presente investigación. En todo caso, no se analiza y menos se concluye que eventualmente la norma antes indicada hubiera sido derogada expresa o tácitamente por el Decreto Legislativo Nro. 727.

- No se analiza las normas referidas a que los obreros en general que laboran para entidades del Estado, se encuentran dentro del régimen de la actividad privada, como en la parte pertinente de la presente investigación se desarrolla, salvo normas especiales respecto de alguna entidad.

- No se analiza el conjunto de normas del Régimen Laboral de Construcción Civil; tampoco se analiza las normas referidas a la seguridad social tanto en salud como en materia previsional. Aquellas normas se han hecho alusión en el Capítulo III del Título II de la presente investigación.

- No se analiza los principios que están vinculados al presente caso, como es el de igualdad, irrenunciabilidad de derechos laborales, entre otros. Así mismo, no se analizan los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte, que lógicamente guardan relación con este caso, como los que han sido analizados en el Capítulo II del Título II, como los Convenios números 100, 62, 111, 98 de la OIT, que están referidos a la igualdad de remuneración, sobre prescripciones de seguridad, la discriminación, el derecho de sindicación, negociación colectiva.

- Se alude al artículo 37 de la Ley Nro. 27972 Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que sus obreros están sujetos al régimen de la actividad privada y que tal régimen no es incompatible con el de construcción civil. Al respecto, señalarse que el régimen laboral de construcción civil, es uno especial que se encuentra dentro del régimen genérico laboral de la actividad privada, tanto es así, que en lo no previsto se aplica el Decreto Supremo Nro. 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, así por ejemplo en cuanto a las faltas graves en que puede incurrir el trabajador, le serán aplicables; o por ejemplo, en el tema de sindicación, negociación colectiva y huelga, le son aplicables la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que rige para el régimen de la actividad privada. Por otro lado, lo que el legislador regula con el artículo 37 señalado, es para los obreros comunes, para aquellos que no corresponde un régimen especial, por el principio de especialidad, sino para aquellos que hacen labores permanentes, habituales, por tanto también tienen estabilidad laboral, no ejecutan obras muy riesgosas, como por ejemplo los encargados de parques y jardines como jardineros, etc.

- De lo señalado, se advierte sin duda alguna y respondiendo a la pregunta formulada, que no se habría cumplido con efectuar una adecuada justificación interna y, una ausencia parcial de justificación externa de la decisión, estando a que se sustenta en la interpretación que se hace del Decreto Legislativo Nro. 727, el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades y los artículos referidos al tipo de servicio a la comunidad que realizan los Gobiernos Locales; sin embargo, se omite analizar el conjunto de normas, principios, tratados internacionales aplicables al presente caso y que han sido desarrollados en la parte pertinente de la presente investigación.

De la logicidad de la conclusión de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema

Se afirma al amparo del artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727, que al no ser las Municipalidades personas jurídicas que se dediquen a actividades de la construcción, entonces no les resulta de aplicación la norma antes citada, sino el régimen de la actividad privada, dentro del marco de la Ley Orgánica de Municipalidades. Aquí se advierte una diferencia conceptual con la conclusión del Tribunal Constitucional, cuando señala que las Municipalidades, no tienen capacidad para contratar bajo el régimen de construcción civil, mientras que para la Sala Constitucional y Social, aunque por la misma razón, esto es, que no se encuentran dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nro. 727, también consideran en definitiva que esta norma no permite que contraten trabajadores dentro del régimen de construcción civil, cuando ejecutan obras de construcción.

En principio, no se podría tratar de una interpretación literal de la norma la efectuada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en relación a la conclusión aludida, en atención a que tal tipo de interpretación permite señalar que sí se encuentran comprendidas en dicha norma, las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras que se dediquen a promuevan las actividades de la construcción, comprendidas en la Gran División 5 de la CIIU. La conclusión de quienes NO están comprendidas, ciertamente no es una interpretación literal, por cuanto gramaticalmente no dice expresamente ello, el texto del Decreto Legislativo aludido.

El método lógico de interpretación de normas, sin explicitarlo y que podría haber sido el utilizado por la Sala Constitucional y Social, supone como ya hemos indicado precedentemente en el Capítulo III y siguiendo con ello lo precisado por Tórres Vásquez (autor ya citado), que del enunciado o conjunto de ellos, deriven las consecuencias deductivas que están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas en los enunciados normativos que se han tomado como premisas.

En este caso, no se han precisado las reglas de inferencia utilizadas, no se ha señalado el o los principios generales del derecho, que se han utilizado para llegar a la conclusión aludida, por lo que ello no permite efectuar un control adecuado y claro (como ciudadano), lo que también afecta a la justificación externa de la decisión y en definitiva al deber de motivación de las resoluciones judiciales.

Se podría deducir por la conclusión, que se habría utilizado el argumento a contrario sensu, es decir como ya se ha señalado oportunamente, si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros; sin embargo, en tal supuesto la lógica consecuencia en contrario, sería que las Municipalidades, entonces no se encuentran dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nro. 727 y no que dichas entidades no pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, ya que ello no es el sentido contrario a las premisas aludidas; lo sería, si se hubiera analizado el D.S. 07-77-TR y se hubiera concluido que esta norma ha sido derogada expresa o tácitamente por aquel Decreto Legislativo, lo que además jurídicamente no es viable afirmar, estando a lo analizado en la parte pertinente de la presente investigación.

En síntesis, es un error en la deducción lógica, afirmar que si las entidades públicas no están comprendidas en el Decreto Legislativo Nro. 727, entonces que tampoco pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, por cuanto la norma no regula en su integridad a tal régimen, ni lo establece en modo alguno, tampoco prohíbe la ejecución de obras por administración directa por las entidades públicas, sólo promueve la inversión privada y dentro de éstas, con especial énfasis, se dirige a las personas que ejecuten obras cuyo valor total no supere las 50 UIT.

Por tanto, la deducción a la que llega la Sala Constitucional y Social que expide la Casación bajo análisis, no resulta lógica y en tal sentido la conclusión arribada y que es objeto de análisis, estimo que es errada.

En cuanto a la decisión

Primero no estaría justificada, no se habría emitido cumpliendo la fundamentación plasmada en la resolución, con los parámetros de motivación suficiente que recoge nuestra Carta Magna y cuya obligación también alcanza evidentemente a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, por cuanto se ha evidenciado omisiones importantes y decisivas en el sentido del pronunciamiento.

Al margen de ello, el sentido de la decisión sería errado, en atención a que estando a lo analizado en el Capítulo referido al Régimen Legal, se tiene que para empezar está vigente el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, que posibilita que el Estado pueda contratar trabajadores eventuales para la ejecución de obras de construcción por administración directa, percibiendo algunos beneficios del régimen de construcción

civil; en tal sentido, estimo es contraria a derecho la decisión, más aún que no se ha efectuado justificación alguna en relación a tal aspecto, ni que hubiera sido derogada tácitamente por el Decreto Legislativo Nro. 727.

Conclusión del análisis crítico

En conclusión, si bien conforme a lo analizado, las Municipalidades y en general las entidades públicas se encuentran fuera del alcance del Decreto Legislativo Nro. 727, por estar dirigidas a las personas y empresas privadas, se tiene que la justificación de la decisión no habría cumplido con los parámetros mínimos de justificación interna y habría una ausencia total de justificación externa normativa, particularmente por no haber utilizado el método sistemático de interpretación, omitiendo efectuar el análisis integral del derecho en relación al caso. Se habría afectado el derecho a la motivación de las decisiones judiciales y finalmente se habría decidido en contra del derecho, desde una perspectiva de interpretación sistemática que correspondería efectuar en el presente caso, estando a todo el conjunto de normas, principios, tratados aplicables o por lo menos vinculados directamente y que conllevaba a que sea un imperativo efectuar tal tipo de interpretación. En efecto, se ha incumplido con la debida motivación y la justificación externa normativa suficiente, en cuanto a considerarse que las Municipalidades no pueden contratar trabajadores de construcción civil por el hecho de estar fuera del Decreto Legislativo Nro. 727, omitiéndose analizar el conjunto de normas, principios, tratados, ya aludidos y aplicables al caso y que podrían llevar a una decisión totalmente distinta a la resuelta.

3.1.2. Otras sentencias de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema con pronunciamientos similares

Asimismo, resulta necesario indicar que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, ha venido expidiendo sentencias siguiendo el criterio establecido en el caso anteriormente analizado, y además, consignando similares fundamentos para su decisión, como es el proceso signado con la **Cas. Lab. Nro. 7185-2014-CUSCO**¹⁰⁶ del 14 de noviembre del 2014, publicado el 30 de abril del 2015, ante el recurso de casación interpuesto por la Municipalidad Provincial del Cusco, en contra de la sentencia de vista que declara fundada la demanda de Reposición en el centro de trabajo, de un trabajador

¹⁰⁶ www.pj.gob.pe

que laboró en un proyecto de inversión como oficial dentro del régimen laboral de construcción civil.

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, desestima el recurso amparado en el mismo fundamento jurídico referido al artículo 37 de la Ley Nro. 27972 y que ya ha sido analizado en la Casación anterior, es decir porque solo pueden contratar obreros dentro del régimen común, pese a desarrollar actividades propias que corresponden a un obrero de construcción civil. Lo analizado en la Casación Lab. Nro. 23-2012-Cusco, se reproduce.

Con la lógica aludida, si una entidad pública materializa una obra de construcción por ejemplo construye un Centro Cívico, contratando para ello a un mil trabajadores temporales, en calidad de obreros que ejecutan la construcción, tendrían que quedarse como trabajadores permanentes todos ellos dentro del régimen laboral común, lo que supone un despropósito en la gestión de la administración de la entidad pública, en el presupuesto público.

3.2. Ejecutorias de órganos jurisdiccionales ordinarios

3.2.1. Expediente Nro. 02089-2010-0-2402-SP-LA-01, Sala Especializada en lo Civil de Ucayali¹⁰⁷.

¹⁰⁷ **Cuarto:** que, por último respecto a la sentencia apelada debe tenerse en cuenta en primer término que resulta imperativo proceder a diferenciar entre el contrato de trabajo de obra y el contrato de construcción civil para recién proceder a verificar en cuál de las dos contrataciones se encuentra inmerso el actor; **Quinto:** que, la legislación laboral no define que debe entenderse por contratos de obra, no obstante reconoce su existencia en el artículo 63° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. En efecto en el citado artículo se señala textualmente que: “Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria. En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.”; **Sexto:** que, de este modo este tipo de contrato regula la contratación de una persona natural para la ejecución de una determinada obra que será descrita detalladamente en el contrato, cuya terminación se da cuando esta ha sido ejecutada en su totalidad conforme a lo especificado en el contrato. Así pues, el contrato de obra es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. Es decir, en este tipo de contratos las partes, al momento de celebrarlo, convienen de antemano una duración circunscrita al tiempo de ejecución de las respectivas obras, no teniendo; sin embargo, certeza respecto del día preciso de conclusión o término de las mismas, y por ende, de la fecha cierta del término del contrato que las une, el que se producirá naturalmente cuando acaezca tal evento, por eso es necesaria la manifestación de voluntad de los contratantes en tal sentido; **Sétimo:** que, este contrato tiene por objeto la realización de una obra o trabajo determinados, y se formalizará siempre por escrito. Al respecto el artículo 72° del Decreto Supremo N° 003-97-TR señala que: “Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse

Identificación del Expediente

En el indicado expediente la Sala Superior resolvió el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en contra de la sentencia que declara fundada la demanda, mediante Resolución de Vista de fecha 13 de octubre del 2010.

Hechos:

De la resolución se desprende que don Carlos Canchumanta Yanavilca, en su escrito de demanda señalaría que trabajó en obras de construcción civil; por su parte la demandada señala que el actor laboró prestando servicios como personal temporal e intermitente, dentro del régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Supremo Nro. 003-97-TR.

Petitorio:

*en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.”; **Octavo:** que, el contrato es para una sola obra, con independencia de su duración y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra, así pues el artículo 53° de la norma tantas veces citada señala que: “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.” (el resaltado en negrita es nuestro); **Noveno:** que, además de todo lo antes señalado debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 73° es requisito la presentación de una copia del contrato ante la Autoridad Administrativa de Trabajo¹⁰⁷; **Décimo:** que, con respecto al contrato de construcción civil debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 45° del Decreto Supremo N° 003-97-TR los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas. Que, en el caso del régimen de la construcción civil, este se rige por las disposiciones especiales como son el Decreto Supremo del 02 de marzo de 1945, Resolución Ministerial N° 05-DT del 05 de enero de 1956, Decreto Supremo del 05 de diciembre de 1946, Decreto Supremo del 20 de diciembre de 1948 y Decreto Supremo del 02 de noviembre de 1953; **Décimo primero:** que, en este contexto tenemos que los contratos de trabajo de obra intermitente obrantes de fojas 49 y 50, 52 y 53, 55 y 56, 58 y 59, 61 y 62, 64 y 65, no cumplen con los requisitos descritos anteladamente para ser considerados como contrato de obra intermitente al no haberse cumplido con las normas generales del mismo, por cuanto no contiene la descripción de la obra a ser realizada, ni el periodo aproximado así como tampoco tiene el sello de presentación ante la autoridad administrativa de trabajo; **Décimo segundo:** que, por otro lado debe tener en cuenta que el régimen de construcción civil pertenece al régimen laboral de la actividad privada, pero que tiene normas especiales como el propio Decreto supremo N° 003-97-TR prevé como se ha resaltado en los considerandos que anteceden, por lo que resulta aplicable a los presentes actuados la legislación especial de la construcción civil; **Décimo tercero:** que, son considerados oficiales o ayudantes a los trabajadores que desempeñan las mismas funciones que los operarios, pero que laboran como auxiliares del operario que tenga a su cargo la responsabilidad de la tarea y que no hubieren alcanzado plena calificación en la especialidad. En esta categoría se comprende también a los guardianes que prestan servicios a propietarios, contratistas o sub contratistas de obras de construcción civil, conforme a lo previsto en la Resolución Ministerial N° 005-DT del 05 de enero de 1956; **Décimo cuarto:** que, conforme a lo señalado en la demanda y estipulado en los contratos de trabajo el demandante fue contratado por la demandada para efectuar labores de oficial de electricidad de la obra, por lo que razonablemente le corresponde la calificación como oficial tal como lo ha hecho el Juez de la causa; desestimándose los agravios invocados.*

Que la demandada Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS, le pague sus beneficios sociales por contrato de obra que habría celebrado con la demandada, dentro del régimen de construcción civil.

Fundamentos Jurídicos relevantes de la decisión:

De los fundamentos décimo, décimo segundo a décimo catorce, de la sentencia de vista, se desprende lo siguiente: que en el caso de régimen de construcción civil el mismo se rige por las disposiciones especiales como son el D.S. del 02 de marzo de 1945, Resolución Ministerial 005-DT, Decreto Supremo del 05 de diciembre del 1946; que el régimen de construcción civil pertenece al régimen de la actividad privada pero con normas especiales como lo establece el artículo 45 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral; se establece que el demandante fue contratado para efectuar labores de oficial de electricidad de la obra y que en tal sentido le corresponde la calificación de oficial.

Decisión:

CONFIRMARON la sentencia de primera instancia que declara fundada en parte la demanda y ordena que la demandada Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS DESCENTRALIZADO (Ex PROVIAS DEPARTAMENTAL), pague a favor del demandante una suma de dinero.

Análisis crítico:

- a) En principio está fuera de toda discusión, que la demandada es una entidad pública.
- b) Se establece que corresponde el pago de los beneficios sociales del actor, conforme al régimen laboral de construcción civil; sin embargo, no se ha efectuado ningún análisis en relación al Decreto Legislativo Nro. 727 ni al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, ni a otras normas, principios, tratados vinculados al tema y que han sido señalados en el presente título de la investigación.
- c) Se asume directamente (sin justificarlo en modo alguno), que las entidades públicas como la demandada, pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, se entiende en la ejecución de obras de construcción por administración directa. En este punto, ciertamente se evidencia ausencia de una justificación para asumir implícitamente tal posición, más aún la evidente controversia que existe.

d) Sí se alude en el Décimo Primer considerando, a diversas normas como se precisa a continuación:

d.1. El Decreto Supremo del 02 de marzo de 1945.-Establece, como se ha analizado en el Capítulo III de la presente investigación, la clasificación de los obreros de construcción civil en operarios, oficiales y peones; así mismo, establece los salarios mínimos de los trabajadores de construcción civil, según las categorías señaladas.

d.2. Resolución Ministerial Nro. 05-DT del 05 de enero de 1956.-Es aquella norma que complementa las categorías de los trabajadores de construcción civil y que ya había regulado el Decreto Supremo del 2 de marzo de 1945, norma ésta última, que ya ha sido analizada en el Capítulo III del Título II de la presente investigación.

d.3. Decreto Supremo del 05 de diciembre de 1946.- Establece, como se precisa en el Capítulo III de la presente investigación, referido en concreto a la Compensación por Tiempo de Servicios de los trabajadores de construcción civil, que se extiende el mismo a todo el territorio nacional, por cuanto antes de tal norma, solo regía a los trabajadores de Lima y Callao.

d.4. Decreto Supremo de 20 de diciembre de 1948.- Estableció que a partir del 2 de enero de 1949, los patronos del ramo de construcción civil, pagarán las indemnizaciones por tiempo de servicios a su personal obrero de Lima y Provincias, dentro de las 48 horas siguientes a la expiración del respectivo contrato de trabajo, por lo tanto, con esta norma se regula sólo el tema del plazo de pago del indicado beneficio social.

d.5. Decreto Supremo de 02 de noviembre de 1953.-Establece, como se precisa en el Capítulo III de la presente investigación, referido en concreto a la Compensación por Tiempo de Servicios de los trabajadores de construcción civil, que se aumentó en 3% el monto indemnizatorio de la compensación por tiempo de servicios, con el que llega tal concepto luego de la norma aludida, al 15% de las remuneraciones básicas percibidas por el trabajador, durante el tiempo de servicios que laboró para un mismo empleador.

d.6. En definitiva, los fundamentos jurídicos que sirven de sustento a la decisión, están referidos a la clasificación de los obreros de construcción civil, al salario mínimo, a algunos beneficios sociales; sin embargo, ninguna de tales normas en concreto regula el tema de los trabajadores en obras de construcción ejecutadas directamente por las entidades públicas, aunque es evidente, que tampoco las excluye. Sí también está claro, que el dueño de la obra, sea quien sea, aunque la indicada obra la ejecute un privado, en definitiva forma parte del costo de la misma, todo lo concerniente a la mano de obra.

3.2.2. Expediente Nro. 2005-130-SJT-CHIC, tramitado por ante el Segundo Juzgado Especializado Laboral de Chiclayo. Sentencia Nro. 22-2006-SJEL-CHIC¹⁰⁸, emitida en primera instancia el 16 de marzo del 2006.

Hechos:

¹⁰⁸ Sentencia recaída en el Expediente Nro. 2005-130-SJT-CHIC.

“TERCERO: *Que el punto controvertido y de preliminar pronunciamiento es el referido al régimen laboral aplicable al demandante, ya que éste reclama beneficios afirmando haber laborado como Obrero bajo el régimen de construcción civil. Por su parte la demandada propone como contradictorio el hecho que la entidad municipal no es una empresa dedicada a construcción civil y que es de aplicación el Decreto Legislativo N° 727, ya que las obras ejecutadas no han superado el límite de las cincuenta Unidades Impositivas Tributarias y que por ello el actor no se encuentra inmerso en el régimen de construcción civil. Que el régimen especial de construcción civil, tratándose del empleador o ejecutante de una obra de construcción civil, no distingue entre personas naturales o personas jurídicas; tampoco discrimina si la ejecutora de la obra persigue o no fines de lucro o si siendo persona jurídica es de derecho público o de derecho privado. Que en lo concerniente a la aplicación de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 727, debe indicarse que existe carga probatoria genérica señalada por el artículo 196° del Código procesal Civil (aplicable supletoriamente), así quien alega hechos debe de probarlos. Que la entidad demandada ni siquiera ha ofrecido medios probatorios para acreditar sus alegaciones, mucho menos ha acreditado que en la ejecución de obras, los costos individuales de aquéllas no superaban el valor unitario de cincuenta unidades impositivas tributarias. Que, de haber estado comprendida en los alcances del artículo 12° del Decreto Legislativo N° 727, la demandada no ha acreditado la existencia de convenio individual o colectivo para regir sus remuneraciones conforme al régimen laboral común. Por tanto, las alegaciones de la demandada no resultan atendibles. Que el actor prestó servicios para la entidad demandada y del Informe Revisorio de folios sesentiocho a setentuno (no observado) se extrae que el demandante laboró en distintas obras ejecutadas por la demandada habiéndose desempeñado como Almacenero y, en otros períodos como Ayudante; sin embargo, su labor en obras ejecutadas por la demandada sólo se ha producido desde abril de mil novecientos noventa y seis hasta diciembre de mil novecientos noventa y nueve, pues es claro que con posterioridad a dicha data laboró en la División de Obras de la corporación municipal emplazada, sin que ello signifique que necesariamente laboró en obras de construcción civil, ya que además ello no ha sido probado por el actor y del informe revisorio citado no se extrae el detalle de obras en las que hubiere laborado. Que entonces el juzgador concluye que el accionante laboró en obras ejecutadas por la demandada según la periodicidad y detalle que contiene el Informe revisorio de folios sesentiocho a setentuno (no cuestionado por las partes) y por tales períodos es que corresponde se aplique las normas del régimen especial de construcción civil; por lo tanto la remuneración y demás beneficios materia de pretensión deben calcularse de acuerdo al citado régimen, que establece que la remuneración del trabajador de construcción civil está integrada por Jornal Básico, Bonificación por Movilidad y Bonificación Unificada de Construcción Civil. Así los jornales básicos mínimos de construcción civil se establecieron a partir del Decreto Supremo del dos de marzo de mil novecientos cuarenticinco y la Resolución Ministerial N° 5-DT, del cinco de enero de mil novecientos cincuenta y seis y han ido evolucionando hasta los establecidos por la Resolución Directoral N° 324-95-DPSC expedida por la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos de la Dirección Regional de Trabajo Y Promoción Social de Lima expedida el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco y la Resolución Directoral N° 155- 94-DPSC, vigente desde el primero de junio de mil novecientos noventa y cuatro; evolución remunerativa que se tomará en cuenta para emitir pronunciamiento en torno a las pretensiones del actor. Que del informe revisorio citado se establece que el actor se desempeñó como Almacenero y según el Decreto Supremo del dos de marzo de mil novecientos cuarenticinco y la Resolución Ministerial N° 5-DT, del cinco de enero de mil novecientos cincuenta y seis, los Almaceneros se encuentran en la categoría de Operario, categoría que se tendrá en cuenta para el pronunciamiento de los beneficios peticionados por el accionante.”*

El demandante señala que laboró para la demandada en la división de obras como oficial obrero. La demandada sostiene que el actor no se encuentra en el régimen de construcción civil, ya que no es una empresa de construcción civil y que es de aplicación lo dispuesto por el Decreto Legislativo Nro. 727 al no haber superado el límite de 50 Unidades Impositivas Tributarias las obras que se construyeron.

Petitorio:

El demandante interpone demanda en contra de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, sobre cobro de compensación por tiempo de servicios, bonificación por movilidad, bonificación unificada de construcción civil y otros conceptos, tramitado por ante el Juez Especializado Laboral.

Fundamentos jurídicos relevantes de la decisión:

- El Juez establece en principio que el actor se ha desempeñado en distintas obras ejecutadas por la demandada, almacenero (categoría de operario conforme al Decreto Supremo del 02 de marzo de 1945).
- En el Tercer Considerando, se precisa que el régimen de construcción civil, no distingue entre personas naturales o personas jurídicas; no discrimina si la ejecutora de la obra persigue o no fines de lucro o si siendo persona jurídica es de derecho público o de derecho privado.
- Que en lo concerniente al Decreto Legislativo Nro. 727, señala que la demandada ni siquiera ha ofrecido medios probatorios para acreditar, ni ha acreditado, que los costos individuales de las obras no superaban el valor unitario de las 50 UIT.
- Que corresponde se aplique el régimen especial de construcción civil y por tanto que se calcule todos los beneficios sociales conforme a las normas correspondientes a tal régimen.

Decisión:

DECLARA FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA y ordena el pago de los beneficios económicos conforme al régimen de construcción civil.

Análisis crítico:

-En la sentencia se aplica el Decreto Legislativo Nro. 727, circunscribiendo su análisis en cuanto al aspecto probatorio del quantum de la obra, más no se analiza si correspondía o no aplicar la norma para el caso de la demandada siendo que era una Municipalidad, por tanto carece de justificación externa.

- No se alude en modo alguno al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, que ha sido analizado en el Capítulo II de la presente investigación; tampoco se analiza el conjunto de normas relacionadas al régimen de construcción civil y las entidades públicas. En este sentido hay ausencia de justificación externa en relación a las normas a aplicarse.

- Se evidencia motivación insuficiente por lo señalado, más aún la evidente controversia en relación a si las entidades públicas pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil.

3.2.3. Expediente Nro.00012-2007-0-2801-JM-LA-02, Sala Mixta de Moquegua, Sentencia Nr5o. 37 del 12 de julio de 2012¹⁰⁹. Viene en apelación por el demandante

¹⁰⁹ **“DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL:**

TERCERO: Que el **régimen laboral especial de construcción civil**, constituye un régimen laboral específico para los trabajadores obreros que efectúan labores en construcción civil, que fue creada mediante Decreto Supremo de veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, fundado principalmente en la duración determinada de la obra, por consiguiente la prestación de servicio es **eventual** y con periodos de espera del trabajador para acceder al trabajo a la fecha dicho régimen especial ya cuenta con cerca de setenta años de vigencia que se ha desarrollado en dicho tiempo. Los derechos se encuentran reconocidos en normas legales, resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo y Convenios Colectivos entre la Federación de Trabajadores en Construcción de Perú - FTCCP y la Cámara Peruana de la Construcción - CAPECO. Dicho régimen ha sido precisado por el Decreto Legislativo 727. Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción.

DEL RÉGIMEN LABORAL DE LOS OBREROS MUNICIPALES:

CUARTO: Que, respecto del régimen laboral de los obreros de la demandada Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto – Moquegua, el artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972) establece: *“Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen”,* normatividad aplicable al caso de autos, dado que la demandada constituye una Municipalidad y el demandante afirma ser obrero.

DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL A LOS OBREROS MUNICIPALES:

QUINTO: Que, respecto a la aplicación del régimen de construcción civil a los obreros municipales, que laboran en obras de la Municipalidad demandada se tiene: **Cinco punto uno.-** Que, conforme lo establece los artículos 12° y 14° del Decreto Legislativo 727, los obreros contratados en obras que no superen las cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), teniendo presente el costo individual de cada obra, regirán sus contratos y remuneraciones mediante acuerdo individual o

colectivo con sus empleadores conforme a la legislación laboral común: en consecuencia para que los obreros se encuentren sujetos al régimen laboral de construcción civil, tienen que prestar sus servicios en obras cuyos costos individuales sean igual o mayores a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). **Cinco punto dos.-** Pero además, atendiendo a lo establecido en el artículo 3° del Decreto Legislativo 727 para la aplicación de las normas referidas en el punto anterior, necesariamente deben tratarse de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial internacional Uniforme (CIIU) de las Naciones Unidas, siendo la clasificación vigente a la fecha de labor del actor, la Revisión 3.1. del CIIU. **Cinco punto tres.-** Lo que significa que para aplicarse el régimen laboral especial de construcción civil copulativamente las labores de los obreros tienen que ser: i) En una obra de construcción: ii) En una obra cuyo costo individual sea igual o mayor a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (IUT): y. iii) Para una empresa (natural o jurídica) que se dedique o promueva las actividades de construcción. **Cinco punto cuatro.-** Efectuado un análisis respecto del requisito iii) del punto anterior, se tiene que conforme artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley Nro. 27972) referido a las materias de competencia municipal, las municipalidades no constituyen una persona jurídica que se dedique o promueva las actividades de la construcción puesto que son materias de su competencia: organización del espacio físico -- uso del suelo: servicios públicos locales: protección y conservación del ambiente: desarrollo y economía local: participación vecinal; servicios sociales locales, y, prevención rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas. **Cinco punto cinco.-** Siendo que en el caso de autos no se cumple el requisito que la labor se efectúe para una empresa (natural o jurídica) que se dedique o promueva las actividades de construcción, por lo tanto los obreros de obras de construcción civil de la Municipalidad demandada no pueden ser contratados bajo el régimen laboral especial de construcción civil, sino bajo el régimen laboral de la actividad privada, conforme artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972). **Cinco punto seis.-** Resulta irrelevante el análisis de los requisitos que la obra sea de construcción y por un valor igual o mayor a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), puesto que al ser copulativos, al no reunir uno de ellos, no se cumple lo establecido por el Decreto Legislativo N° 727, para aplicar el régimen laboral especial de construcción civil, por lo tanto es innecesario analizar los demás requisitos. **Cinco punto siete.-** Estando a los fundamentos expuestos, corresponde revocarse la sentencia recurrida, puesto que el demandante no tiene derecho a los beneficios sociales del régimen laboral especial de construcción civil, por lo tanto la demanda resulta improcedente de conformidad con el artículo 121° in fine e inciso 1) del artículo 427° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, puesto que el actor ha laborado bajo el régimen laboral de la actividad privada, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972), cambiando de criterio el Colegiado por los fundamentos expuestos; además, corresponde dejar a salvo los derechos del actor que le pudieren corresponder en el régimen laboral de la actividad privada, por no haber sido materia de pronunciamiento en la presente.

DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL APPLICABLE AL CASO CONCRETO:

SEXTO: Que el criterio jurisprudencial asumido por este Colegiado, es concordante con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, siguiente: **Seis punto uno.-** La sentencia del dieciséis de mayo del dos mil once, del Expediente Nro. 00325-2011-PA/TC, que establece en su fundamento jurídico cuatro, lo siguiente: En tal sentido resulta necesario recordar que el artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727 prescribe que “Están comprendidas en los alcances de la presente ley, las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas”. Teniendo presente el artículo descrito, resulta manifiesto que las municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de la construcción, por lo que en el presente caso los alegatos de la municipalidad emplazada demuestran que contrató al demandante en forma fraudulenta porque no tiene la capacidad de contratarlo bajo el régimen laboral de construcción civil, por lo que en aplicación del artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, puede concluirse que entre las partes existió una relación laboral a plazo indeterminado” (Negrita y subrayado agregado). **Seis punto dos.-** La sentencia del diecinueve de mayo del dos mil once, del Expediente Nro. 03637-2010-PA/TC, que establece en su fundamento jurídico séptimo, lo siguiente: “De otro lado este Tribunal considera que otro

de la sentencia que declara infundada en parte la demanda interpuesta en contra de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto. La resolución de vista es de fecha 12 de julio del 2012.

Hechos:

El demandante precisa que se ha desempeñado como guardián, prestando sus servicios en diversas obras de construcción ejecutadas por la Municipalidad demandada, como el Terminal Chen Chen.

Petitorio:

El demandante pide el pago de diversos beneficios sociales conforme al régimen especial de construcción civil.

Fundamentos jurídicos relevantes:

-El colegiado establece que los obreros de la Municipalidad están sujetos al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades Ley Nro. 27972, en el sentido que sus obreros se encuentran sujetos al régimen de la actividad privada.

aspecto importante que evidencia la desnaturalización de los contratos de trabajo bajo el régimen de construcción civil suscritos por las partes, es que conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nro. 727, únicamente las empresas constructoras de inversión limitada están facultadas para contratar personal para la prestación de servicios bajo el régimen de construcción civil, por lo que no siendo éste el caso de la Municipalidad emplazada, la contratación del demandante fue fraudulenta y por ende existió entre las partes una relación laboral de naturaleza indeterminada, por lo que el demandante sólo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley.” (Negrita y subrayado agregado). **Seis punto tres.**- Esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en reiterada, uniforme y actual, puesto que se ha reiterado en sus sentencias del nueve de junio del dos mil once del Expediente Nro. 01158-2011-PA/TC, del trece de junio del dos mil once del Expediente Nro. 0956-2011-PA/TC, del nueve de noviembre del dos mil once del Expediente Nro. 03315-2011-PA/TC; del diez de enero del dos mil doce del Expediente Nro. 02022-2011-PA/TC; y, del veintiséis de marzo del dos mil doce del Expediente Nro. 05382-2011-PA/TC.

DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC.

SÉPTIMO: Que, resulta necesario señalar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, es jurisprudencia de obligatorio cumplimiento, conforme artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”, lo que es concordante con la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece: “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad” (Negrita y subrayado agregado); por lo tanto este Colegiado, se encuentra en la obligación de aplicar la doctrina jurisprudencial referida en el considerando anterior, que interpreta el Decreto Legislativo Nro. 727, conforme las normas referidas, siempre en resguardo del Estado Constitucional de Derecho, pese a que el Colegiado no comparte dicha interpretación.”

-Que en cuanto al Decreto Legislativo Nro. 727 haciendo un análisis de su contenido y aludiendo a los artículos 3, 12, 14, determinan que las Municipalidades no constituyen una persona jurídica que se dedique o promueva las actividades de la construcción; que no se cumple con el requisito que la labor se efectuó para una empresa y por lo tanto no pueden ser contratados bajo el régimen laboral de construcción civil, sino bajo el régimen laboral de la actividad privada; también precisa que resulta irrelevante analizar el valor de la obra a que se refiere el Decreto Legislativo Nro. 727, al no ser aplicable el régimen laboral especial de construcción civil.

-Adicionalmente se sustenta el colegiado, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el particular, aludiendo a la sentencia Nro. 325-2011-PA/TC, en la que se precisa que el Decreto Legislativo Nro. 727 alcanza únicamente a las empresas constructoras de inversión limitada, siendo que las mismas estarían facultadas para contratar personal bajo el régimen de construcción civil, no siendo ese el caso de la Municipalidad demandada.

-Se precisa adicionalmente, a otras sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven en el mismo sentido y a la obligatoriedad de su jurisprudencia constitucional al amparo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

- Resulta particularmente importante en la línea de graficar los diversos y discrepantes criterios de la judicatura nacional, lo que se consigna por el Colegiado que ha emitido la sentencia bajo comentario, al final del Séptimo Considerando, *“que interpreta el Decreto Legislativo Nro. 727, conforme las normas referidas, siempre en resguardo del Estado Constitucional de Derecho, pese a que el Colegiado no comparte dicha interpretación.”*; por tanto, resuelve en el sentido que las Municipalidades no pueden contratar trabajadores de construcción civil, no por convicción propia, sino porque se trataría de una Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional y que estiman es de observancia obligatoria.

Decisión:

REVOCARON LA SENTENCIA que resolvió declarar infundada en parte la demanda; REFORMÁNDOLA, declara improcedente la demanda interpuesta, dejando a salvo los derechos que pudiera corresponderle en el régimen laboral de la actividad privada.

Análisis crítico de la resolución:

En síntesis los fundamentos jurídicos de la decisión del colegiado referido, se basan:

- a) En los artículos 3, 12, 14 del Decreto Legislativo Nro. 727, para afirmar con ello que están comprendidas en dicha norma las personas naturales, jurídicas nacionales o extranjeras que se dediquen o promuevan la actividad de la construcción; que en tal sentido, son considerados trabajadores del régimen de construcción civil, las personas naturales que realizan labores de construcción para aquellas personas.
- b) Que para establecer si un trabajador está o no bajo el régimen laboral especial de construcción civil, copulativamente las labores de los obreros tienen que ser en una obra de construcción; en segundo lugar, en una obra cuyo costo individual sea igual o mayor a 50 UIT; y, para una empresa natural o jurídica que se dedique o promueva las actividades de construcción.
- c) Que conforme al artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades Ley Nro. 27972, las Municipalidades no constituyen persona jurídica que se dedique o promueva las actividades de la construcción.
- d) Por lo que se concluye que los obreros de obras de construcción civil de la Municipalidad demandada no pueden ser contratados bajo el régimen laboral especial de construcción civil, sino bajo el régimen laboral de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Nro. 27972 Ley Orgánica de Municipalidades.
- e) Finalmente señala que existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional aplicable al caso, como la Sentencia Nro. 325-2011-PA/TC y que además tal criterio es obligatorio conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La pregunta a responder es, ¿la decisión se sustenta en una justificación interna y externa suficiente?

Se precisa lo siguiente:

-El presente caso evidentemente no es uno fácil sino por el contrario es uno difícil, como lo denominaría la Teoría de la Argumentación Jurídica, en atención a que requiere previo a una subsunción de los hechos a la norma (justificación interna), efectuar el estudio jurídico correspondiente, para establecer en principio la (s) normas aplicables al caso; en segundo lugar, seleccionadas las normas, efectuar el trabajo interpretativo

respectivo a efecto de determinar el sentido adecuado a la norma; en tercer lugar, recién proceder a la subsunción de los hechos, si no hay duda sobre los mismos, en cuyo caso también ello tendría que dilucidarse (justificación externa que puede comprender el aspecto normativo y el fáctico).

- No se analiza específicamente la situación jurídica referida a si las Municipalidades y en general las entidades públicas, pueden o no ejecutar obras de construcción por administración directa, sino que en forma tenue se consigna que las Municipalidades no constituyen una persona jurídica que se dedique o promueva las actividades de la construcción, sino que de conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades, son materias de su competencia, la organización del espacio físico, entre otras que precisa; sin embargo, no se dice por ejemplo que conforme al numeral 4.1 del referido artículo, están en su competencia el planeamiento y dotación de infraestructura para el desarrollo local, lo que supone que tenga que ejecutarse obras de construcción, sea por administración directa o sea a través de empresas privadas adjudicadas cumpliendo la Ley de Contrataciones del Estado.

- No se analiza así por ejemplo los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; el artículo 59 de la Ley General del sistema de Presupuesto, referido a la Ejecución Presupuestaria Directa por las entidades públicas; la Resolución de Contraloría Nro. 195-88-CG, que aprueba normas que regulan la ejecución de las obras públicas por administración directa.

- Y principalmente, no se analiza el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, que precisamente regula la posibilidad de contratar trabajadores eventuales para la ejecución de obras de construcción por las entidades públicas, gozando de determinados beneficios dentro del régimen laboral de construcción civil, lo que ha sido objeto del análisis respectivo en el Régimen Legal desarrollado en el Capítulo III del Título II de la presente investigación. En todo caso, no se analiza y menos se concluye que eventualmente la norma antes indicada hubiera sido derogada expresa o tácitamente por el Decreto Legislativo Nro. 727.

- No se analiza el conjunto de normas del Régimen Laboral de Construcción Civil; tampoco se analiza las normas referidas a la seguridad social tanto en salud como en materia previsional. Aquellas normas se han hecho alusión en el Capítulo III del Título II de la presente investigación.

- No se analiza los principios que están vinculados al presente caso, como es el de igualdad, irrenunciabilidad de derechos laborales, entre otros. Así mismo, no se analizan los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte, que lógicamente guardan relación con este caso, como los que han sido analizados en el Capítulo II del Título II, como los Convenios Nros. 100, 62, 111, 98 de la OIT, que están referidos a la igualdad de remuneración, sobre prescripciones de seguridad, la discriminación, el derecho de sindicación, negociación colectiva.

- Se alude al artículo 37 de la Ley Nro. 27972 Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que sus obreros están sujetos al régimen de la actividad privada. Al respecto, señalarse que el régimen laboral de construcción civil, es uno especial que se encuentra dentro del régimen genérico laboral de la actividad privada, tanto es así, que en lo no previsto se aplica el Decreto Supremo Nro. 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, así por ejemplo en cuanto a las faltas graves en que puede incurrir el trabajador, le serán aplicables; o por ejemplo, en el tema de sindicación, negociación colectiva y huelga, le son aplicables la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que rige para el régimen de la actividad privada. Por otro lado, lo que el legislador regula con el artículo 37 señalado, es para los obreros comunes, para aquellos que no corresponde un régimen especial, por el principio de especialidad, sino para aquellos que hacen labores permanentes, habituales, por tanto también tienen estabilidad laboral, no ejecutan obras muy riesgosas, como por ejemplo los encargados de parques y jardines como jardineros, etc.

- De lo señalado, se advierte sin duda alguna y respondiendo a la pregunta formulada, que no se habría cumplido con efectuar una adecuada justificación interna y, una ausencia parcial de justificación externa de la decisión, estando a que se sustenta en la interpretación que se hace del Decreto Legislativo Nro. 727, el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades y los artículos referidos al tipo de servicio a la comunidad que realizan los Gobiernos Locales; sin embargo, se omite analizar el conjunto de normas, principios, tratados internacionales aplicables al presente caso y que han sido desarrollados en la parte pertinente de la presente investigación.

De la logicidad de la conclusión de la Sala Superior que emite la resolución

Se afirma al amparo del artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727, que al no ser las Municipalidades personas jurídicas que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción, entonces no les resulta de aplicación la norma antes citada, sino el régimen de la actividad privada, dentro del marco de la Ley Orgánica de Municipalidades, cuando ejecutan obras de construcción, lo que supone que les reconoce la condición de trabajadores de obras de construcción, pero dentro del régimen laboral de la actividad privada.

En principio, no se podría tratar de una interpretación literal de la norma la efectuada por la Sala respectiva, en relación a la conclusión aludida, en atención a que tal tipo de interpretación permite señalar que sí se encuentran comprendidas en dicha norma, las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras que se dediquen a promuevan las actividades de la construcción, comprendidas en la Gran División 5 de la CIU. La conclusión de quienes NO están comprendidas, ciertamente no es una interpretación literal, por cuanto gramaticalmente no dice expresamente ello, el texto del Decreto Legislativo aludido.

El método lógico de interpretación de normas, sin explicitarlo y que podría haber sido el utilizado por la Sala, supone como ya hemos indicado precedentemente en el Capítulo III y siguiendo con ello lo precisado por Torres Vásquez (autor ya citado), que del enunciado o conjunto de ellos, deriven las consecuencias deductivas que están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas en los enunciados normativos que se han tomado como premisas.

En este caso, no se han precisado las reglas de inferencia utilizadas, no se ha señalado el o los principios generales del derecho, que se han utilizado para llegar a la conclusión aludida, por lo que ello no permite efectuar un control adecuado y claro (como ciudadano), lo que también afecta a la justificación externa de la decisión y en definitiva al deber de motivación de las resoluciones judiciales.

Se podría deducir por la conclusión, que se habría utilizado el argumento a contrario sensu, es decir como ya se ha señalado oportunamente, si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros; sin embargo, en tal supuesto la lógica consecuencia en contrario, sería que las Municipalidades, entonces no se encuentran

dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nro. 727 y no que dichas entidades no pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, ya que ello no es el sentido contrario a las premisas aludidas; lo sería, si se hubiera analizado el D.S. 07-77-TR y se hubiera concluido que esta norma ha sido derogada expresa o tácitamente por aquel Decreto Legislativo, lo que además jurídicamente no es viable afirmar, estando a lo analizado en la parte pertinente de la presente investigación.

En síntesis, es un error en la deducción lógica, afirmar que si las entidades públicas no están comprendidas en el Decreto Legislativo Nro. 727, entonces que tampoco pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, por cuanto la norma no regula en su integridad a tal régimen, ni establece en modo alguno la situación de las entidades públicas, tampoco prohíbe la ejecución de obras por administración directa por las entidades públicas, sólo promueve la inversión privada y dentro de éstas, con especial énfasis, se dirige a las personas que ejecuten obras cuyo valor total no supere las 50 UIT.

Por tanto, la deducción a la que llega la Sala que expide la Resolución comentada, no resulta lógica y en tal sentido la conclusión arribada y que es objeto de análisis, estimo que es errada.

En cuanto a la decisión

Primero no estaría justificada, no se habría emitido cumpliendo la fundamentación plasmada en la resolución, con los parámetros de motivación suficiente que recoge nuestra Carta Magna y cuya obligación también alcanza evidentemente a la Sala Superior, por cuanto se ha evidenciado omisiones importantes y decisivas en el sentido del pronunciamiento.

Al margen de ello, el sentido de la decisión sería errado, en atención a que estando a lo analizado en el Capítulo referido al Régimen Legal, se tiene que para empezar está vigente el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, que posibilita que el Estado pueda contratar trabajadores eventuales para la ejecución de obras de construcción por administración directa, percibiendo algunos beneficios del régimen de construcción civil; en tal sentido, estimo es contraria a derecho la decisión, más aún que no se ha efectuado justificación alguna en relación a tal aspecto, ni que hubiera sido derogada tácitamente por el Decreto Legislativo Nro. 727. Se estima que el hecho de que las

entidades públicas se encuentren fuera de los alcances del Decreto Legislativo Nro. 727, no significa que no puedan contratar trabajadores obreros dentro del régimen de construcción civil, cuando ejecutan obras de construcción por administración directa, evidenciándose en este aspecto, ausencia de justificación externa y afectación al derecho de motivación de las resoluciones judiciales.

En cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien es cierto son vinculantes, conforme a la Primera Disposición Final de su Ley Orgánica; sin embargo, no se trata de un precedente constitucional regulado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (analizado en el Capítulo II del Título I de la presente investigación), mismo que se encuentra en el vértice superior de las fuentes que emite el Tribunal Constitucional, ya que es absolutamente vinculante al tener carácter normativo, aprobada por el Pleno; tampoco se trata de doctrina constitucional conforme al artículo VI de la misma norma, ya que las Sentencias del Tribunal Constitucional que se aluden y las que han sido analizadas en la presente investigación, no han interpretado ningún precepto ni principios constitucionales, solo se alude al Decreto Legislativo Nro. 727. La jurisprudencia constitucional, que está debajo del precedente y de la doctrina constitucional, estimo que es viable apartarse, motivadamente, más aún cuando podría evidenciarse afectación a derechos laborales irrenunciables, a principios constitucionales, a Tratados Internacionales de los que el Perú es parte y que también el Juez tiene la obligación de observar, como lo establece nuestra Carta Magna y los Tratados que el Perú ha ratificado, como es el Tratado de Viena, conocido como el derecho de los tratados y que han sido analizados en el Capítulo II del presente título.

Finalmente, se señala por el Colegiado que no están de acuerdo con la interpretación que hace el Tribunal Constitucional, pero tampoco se precisa porque no están de acuerdo, aunque ello grafica sin duda, que su decisión es por considerar de obligatorio cumplimiento el criterio del referido Tribunal y no por propia convicción.

Conclusión del análisis crítico

En conclusión, si bien que conforme a lo analizado, las Municipalidades y en general las entidades públicas se encuentran fuera del alcance del Decreto Legislativo Nro. 727, por estar dirigidas a las personas y empresas privadas; sin embargo, se tiene que la justificación de la decisión no habría cumplido con los parámetros mínimos de

justificación interna y habría una ausencia parcial de justificación externa normativa, particularmente por no haber utilizado el método sistemático de interpretación, omitiendo efectuar el análisis integral del derecho en relación al caso, a efectos de determinar si las entidades públicas, aun estando fuera de la norma referida, pueden o no contratar trabajadores obreros dentro del régimen de construcción civil. Se habría afectado el derecho a la motivación de las decisiones judiciales y finalmente se habría decidido en contra del derecho, desde una perspectiva de interpretación sistemática que correspondería efectuar en el presente caso, estando a todo el conjunto de normas, principios, tratados aplicables o por lo menos vinculados directamente y que conllevaba a que sea un imperativo efectuar tal tipo de interpretación.

- Desde el punto de vista del investigador, se incurre en el mismo error de logicidad del Tribunal Constitucional y de la Sala Constitucional y Social que ha emitido las Casaciones analizadas, por cuanto se concluye que no puede la Municipalidad demandada contratar trabajadores dentro del régimen laboral de construcción civil, por el hecho de no estar comprendida en el Decreto Legislativo Nro. 727.

3.2.4. Expediente Nro. 01655-2008-0-0401-JR-LA-03. Sentencia de Vista Nro. 505-2012-SLT, emitida por la Sala Laboral Transitoria de Arequipa¹¹⁰, de fecha 25 de

110 "SEGUNDO: PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO:

Está claro que el tema controversial en el presente proceso, es:

a) El determinar si el actor en los períodos que alega haber laborado para la demandada, lo ha hecho como obrero de construcción civil, u obrero común municipal, como así lo considera la demandada;

b) Además si de llegarse a determinar que fue obrero de construcción civil, ha participado en obras cuyo valor excede o no las cincuenta Unidades Impositivas Tributarias;

Entonces el análisis incidirá en tales extremos, puesto que la demandada no ha objetado los montos fijados en cada uno de los conceptos laborales analizados en la sentencia; por tanto:

2.1. En cuanto a la calidad de obrero de construcción civil o de obrero municipal.

Estableciéndose que el análisis, es que debemos establecer si efectivamente el actor prestó en dicho período labor de obrero de construcción civil u, obrero común; y si de acreditarse lo primero, laboró en obras de construcción civil cuyo valor unitario supere las cincuenta Unidades Impositivas Tributarias;

2.2. De los actuados se encuentra acreditado que el demandante laboró para la demandada como obrero entre el diecinueve de marzo del dos mil siete a la treinta de noviembre del dos mil siete, ambas partes reconocen estos hechos. Además se encuentra acreditado de que el demandante laboró como obrero, peón para la demandada con las hojas de tareo de fojas diez y once, las que han sido confirmadas por la presentados por la demandada que corren de folios ciento veintisiete a ciento cincuenta y dos, donde se comprueba los datos del demandante como peón.

Respecto al régimen que pertenece, de acuerdo con lo establecido por el Decreto Legislativo 727 artículos 12 y 14, los obreros contratados en obras que no superen las cincuenta unidades impositivas tributarias (UIT) de acuerdo con el costo individual de cada obra, regirán sus contratos y remuneraciones mediante acuerdo individual o colectivo con sus empleadores conforme a la legislación laboral común; en consecuencia para que los obreros se encuentren sujetos al régimen laboral de construcción civil tienen

junio del 2012, que confirma la sentencia que declaró fundada en parte la demanda y dispone el pago de beneficios sociales conforme al régimen de construcción civil. La apelación la interpone el Procurador Público de la Municipalidad demandada.

Hechos:

El demandante afirma haber trabajado en obras de construcción civil (programa sistema de agua potable “agua para todos”), en calidad de peón, lo que en definitiva está acreditado; por su parte la demandada afirma haber contratado al actor en la misma obra, pero en calidad de obrero municipal y no dentro del régimen de construcción civil. El período trabajado fue del 19 de marzo del 2007 al 30 de noviembre del mismo año.

Petitorio:

El demandante peticiona el pago de sus beneficios sociales conforme al régimen de construcción civil, al haber laborado como obrero en diversas obras de construcción ejecutadas por la Municipalidad demandada.

Fundamentos jurídicos relevantes:

Se aplica directamente el Decreto Legislativo Nro. 727, así como tiene en consideración el valor unitario de las obras conforme a los artículos 12 y 14 de dicha norma. No se esboza otros fundamentos para la decisión adoptada por el Organo Jurisdiccional respectivo.

Decisión:

SE CONFIRMA LA SENTENCIA que declara fundada en parte la demanda y ordena a la Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre, el pago de los beneficios sociales conforme al régimen de construcción civil.

que prestar sus servicios en obras cuyos costos individuales sean igual o mayores a cincuenta unidades impositivas tributarias (UIT), por tanto corresponde ahora determinar si las obras en las que trabajó el demandante superan este monto para con ello concluir el régimen del trabajador demandante.

Al respecto se tiene que en el séquito del proceso se acredita con la resolución de Alcaldía número 081-2007-MASA de fecha veintiocho de febrero del dos mil siete, de fojas setenta y cinco expedida por el Alcalde de la Municipalidad demandada, que el valor de la obra construcción del sistema de Agua potable en el asentamiento Humano el Mirador zona A y B es de ochocientos veintiocho mil cuatrocientos sesenta y cuatro con 98/100 Nuevos Soles.

Ahora en el año dos mil ocho el valor de la UIT fue de tres mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles (*SI.* 3,500.00) que multiplicados por cincuenta, nos arrojan como resultado el monto de ciento setenta y cinco mil 00/100 Nuevos Soles (*SI.* 175 000.00) suma inferior al valor de la obra, por tanto al demandante le corresponde los beneficios económicos del régimen de Construcción Civil. (...)

Análisis crítico:

-En la sentencia se aplica el Decreto Legislativo Nro. 727, circunscribiendo su análisis en cuanto al aspecto probatorio del quantum de la obra, más no se analiza si correspondía o no aplicar la norma para el caso de la demandada siendo que era una Municipalidad, por tanto carece de justificación externa.

- No se alude en modo alguno al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, que ha sido analizado en el Capítulo II de la presente investigación; tampoco se analiza el conjunto de normas relacionadas al régimen de construcción civil y las entidades públicas.

- Tampoco se alude a ninguna sentencia del Tribunal Constitucional que sobre el particular han emitido y que ha sido objeto de análisis en la parte pertinente de la presente investigación, por lo que ciertamente no se expresa motivación para sustentar el apartamiento de la jurisprudencia de dicho Tribunal.

- En este sentido, hay ausencia de justificación externa en relación a las normas a aplicarse.

- Se evidencia motivación insuficiente, más aún que existe evidente controversia en relación a si las entidades públicas pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil.

3.2.5. Expediente Nro. 04557-2009-0-0401-JR-LA-02. Sentencia de Vista Nro. 852-2012-SLT, emitida por la Sala Laboral Transitoria de Arequipa¹¹¹, de fecha 21 de

¹¹¹ Expediente Nro. 04557-2009, Sentencia Nro. 852-2012-SLT del 21 de setiembre del 2012

“Tercero.- Que de autos se aprecia que el actor aduce haber laborado en calidad de peón, desde el primero de junio del dos mil seis al veintitrés de febrero del dos mil nueve, como obrero de construcción civil; tanto en calidad de peón, como de oficial; en la obra "Mejoramiento Vía Ecológica Pampa Valle Chilina y Pavimentado Calles UPIS Deán Valdivia", entre otras; a cargo de la municipalidad accionada. En tal sentido, en principio, el accionante sería obrero sujeto al régimen laboral de la actividad privada, estando al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, 27972 (...).

Cuarto.- Que ahora bien, dentro del régimen laboral privado, existe el especial de los trabajadores de construcción civil, el cual contiene sus propios criterios de determinación de remuneración y beneficios sociales. Al respecto, en la Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, Decreto Legislativo 727; se prevé a las empresas constructoras de inversión limitada, como se aprecia de los artículos 11, 12 y 14 del acotado Decreto Legislativo (...).

En tal sentido, se aprecia de autos que mediante los contratos de trabajo, de fojas ciento nueve a ciento veintidós; se contrató al accionante para la construcción de diversas obras; tales como la ejecución de la Loza Frontón Sector 12 del Distrito de Cayma, Construcción y mejoramiento de la vía turística ecológica del Valle de Chilina, Mejoramiento parque León XIII, Mejoramiento de la vía ecológica Sector Acequia Alta - Pampa Chica Valle de Chilina. Empero, de los presentes actuados no aparece medio probatorio alguno con que se demuestre el valor de las mencionadas obras; ni que las mismas hayan tenido un presupuesto de ejecución igual o superior a cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UIT), vigentes para el año de su ejecución; documentación es esencial en autos, para poder decidir si el accionante se

setiembre del 2012, que anula la sentencia que declaró fundada en parte la demanda. Se precisa que hubo voto discordia sobre el fondo, en el sentido de revocar la sentencia y declararla infundada en todos sus extremos. La apelación la interpone el Procurador Público de la Municipalidad demandada.

Hechos:

El actor señala que ha laborado en calidad de peón, desde el 1 de junio del 2006 al 23 de febrero del 2009, como obrero de construcción civil, en la obra “Mejoramiento Vía Ecológica Pampa Valle Chilina y Pavimentado calles UPIS Deán Valdivia”, entre otras. La demandada señala que el demandante está considerado como obrero conforme al artículo 37 de la Ley Nro. 27972.

Petitorio:

Demanda el actor a la Municipalidad Distrital de Cayma, pidiendo que se le pague los beneficios sociales conforme al régimen especial de construcción civil.

Fundamentos jurídicos relevantes de la decisión:

-En el Tercer Considerando, señala que el accionante sería obrero sujeto al régimen laboral de la actividad privada, estando al artículo 37 de la Ley Nro. 27972 Orgánica de Municipalidades.

- En el Cuarto Considerando, se indica que dentro del régimen laboral privado, existe el especial de los trabajadores de construcción civil, el cual contiene sus propios criterios de determinación de remuneración y de beneficios sociales. Luego, transcribe lo previsto en los artículos 11, 12 y 14 del Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, mismos que ya han sido analizados en la presente investigación y que están referidos a la promoción de la pequeña y mediana inversión; al costo total individual de cada obra, no mayor a las 50 UIT; y, en tales casos poder contratar a los trabajadores conforme a la legislación laboral común.

halla o no comprendido en el régimen laboral privado especial, de los trabajadores de construcción civil. A su turno, del Acta de foja cincuenta y seis; tampoco se advierte el valor de cada una de las precitadas obras, en que habría trabajado el demandante.

Quinto.- Que en esta línea de ideas, es necesario para mejor resolver; que previamente ambas partes acompañen en autos la documentación que acredite el valor de las obras en que ha laborado el demandante; por cuanto tal omisión nos impide -de momento- emitir juicio de fondo sobre la demanda in comento. Por ende, es menester admitir de oficio dicho medio probatorio (Ley 26636: artículo 28); antes de sentenciar.”

- Con lo señalado, concluye que en autos no aparece medio probatorio alguno que demuestre el valor de las obras, precisando que es esencial la documentación que permita esclarecer ello, en tal sentido la necesidad de ordenar prueba de oficio al amparo del artículo 28 de la Ley Nro. 26636.

- Es pertinente precisar que los fundamentos del Voto en Minoría, son exactamente los expresados por las Sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC Nro. 00325-2011-PA/TC- Moquegua.

El voto discordia en minoría opina por que se revoque la sentencia y reformándola se declare infundada en todos sus extremos, basado en lo siguiente: que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dediquen a actividades de la construcción y que en tal sentido no es aplicable el Decreto Legislativo Nro. 727; como fundamento jurisprudencial constitucional, se cita a varias sentencias del Tribunal Constitucional que asume el criterio antes señalado; que las sentencias del Tribunal Constitucional resultan vinculantes conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al Código Procesal Constitucional.

Decisión:

SE DECLARA LA NULIDAD DE LA SENTENCIA y se dispone que se expida nueva sentencia subsanando los defectos advertidos. El Voto Discordia en minoría, propone que se revoque la sentencia y reformándola se declare infundada en todos sus extremos.

Análisis crítico:

-En la sentencia se aplica el Decreto Legislativo Nro. 727, circunscribiendo su análisis en cuanto al aspecto probatorio del quantum de la obra, más no se analiza si correspondía o no aplicar la norma para el caso de la demandada siendo que era una Municipalidad; tampoco se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el particular, menos se sustenta su apartamiento, por tanto, carece de justificación externa la resolución.

- No se alude en modo alguno al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, que ha sido analizado en el Capítulo II de la presente investigación; tampoco se analiza el conjunto de normas relacionadas al régimen de construcción civil y las entidades públicas. En este sentido hay ausencia de justificación externa en relación a las normas a aplicarse.

- Se evidencia motivación insuficiente por lo señalado, más aún la evidente controversia en relación a si las entidades públicas pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil.
- Si bien se declara la nulidad de la sentencia que sube en grado; sin embargo, el Colegiado deja traslucir su criterio, ya que ordena prueba de oficio para resolver si superó o no el tema del quantum de la obra en aplicación del Decreto Legislativo Nro. 727.
- En cuanto al Voto Discordia en minoría, asume el criterio del Tribunal Constitucional, incluso transcribe sus fundamentos, por lo que se reproduce el análisis crítico efectuado en relación a la Sentencia Nro. 0325-2011-PA/TC.

3.2.6. Expediente Nro. 00220-2010-0-0401-JR-LA-02. Sentencia de Vista Nro. 90-2013-SLP, emitida por la Sala Laboral Permanente de Arequipa¹¹², de fecha 23 de

¹¹² **Exp. Nro. 00220-2010, Primera Sala Laboral Permanente de Arequipa**

“CUARTO.- De la aplicación del Decreto Legislativo número 727

4.1. Tal como se desprende de los argumentos vertidos por la demandada en su recurso de apelación, estos se circunscriben a cuestionar que no se ha meritado que las obras en las que ha participado el actor superen las cincuenta unidades impositivas tributarias, refiriéndose indirectamente a lo previsto por el Decreto Legislativo número 727 y su aplicación para el caso de autos, haciendo presente que el ponente ha establecido criterio sobre el particular en un pronunciamiento anterior en el expediente número 00583-2007-0-0401-JR-LA-02 seguido en contra de la Municipalidad Distrital de Paucarpata, el cual se pasa a desarrollar en los siguientes considerandos. -----

4.2. De modo pacífico se ha venido aplicando el Decreto Legislativo número 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, en el sentido de que se aplica los beneficios que recoge el Régimen Laboral de Construcción Civil, a los obreros que prestan sus servicios como tales, a los gobiernos locales y cualquier entidad pública, siempre que el costo individual de la obra supere las cincuenta unidades impositivas tributarias, de modo que si no supera tal costo, en aplicación del artículo 12° de la norma antes citada, regirán sus contratos y remuneraciones, conforme al contrato o convenio colectivo que se celebre. --.

4.3. Con ocasión de la publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional como la recaída en el Expediente número 0325-2011-PA/TC y otras, se establece que los gobiernos locales no pueden contratar bajo el régimen de construcción civil, ya que no están comprendidas dentro del marco del Decreto Legislativo número 727, al no ser personas jurídicas que se dediquen a actividades de la construcción. Esta circunstancia ha generado controversia sobre el particular, por lo que, resulta sumamente importante determinar los alcances del decreto legislativo referido, de las sentencias del Tribunal Constitucional pertinentes y de la normativa del régimen laboral de construcción civil, por cuanto una cosa es que los municipios no pudieran estar dentro del marco del Decreto Legislativo número 727 y otra cosa, es que por ello no tengan obligación de contratar conforme a tal régimen cuando en verdad esa es la labor a materializar. -----

4.4. Del régimen de construcción civil

4.4.1. Régimen laboral del trabajador de construcción civil

a) En la legislación nacional, existe una normativa para los trabajadores del régimen laboral común, como lo es la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y también existen regímenes laborales

especiales, que tienen una regulación particular, pero en lo no previsto por tales normas, se aplica las del régimen común.

b) En el contexto antes señalado, en el Perú existe el Régimen de Construcción Civil, con su propia normativa, sus convenios colectivos, sus peculiaridades y demás, lo que se ha establecido, al referirse el Tribunal Constitucional¹¹² al régimen de jubilación anticipada para los trabajadores de construcción civil, “considerando que las labores de los trabajadores del sector de construcción civil, por su naturaleza y características, entrañan un permanente riesgo para la salud y la vida, con el consiguiente mayor desgaste físico en relación con otras actividades, que justifican un tratamiento de excepción para el beneficio de la jubilación”.

c) A manera de concepto respecto de los trabajadores de construcción civil, Bendezú Manrique¹¹² señala: “Trabajador de construcción civil, es toda persona física que realiza, libremente y de manera eventual o temporal, una labor de construcción para otra persona jurídica o natural dedicada a la actividad de la construcción, con relación de dependencia y a cambio de una remuneración”.

d) De lo señalado, podemos concluir que en principio se tratan de trabajadores dependientes sujetos a un régimen especial, ello por la naturaleza y características de tal actividad de riesgo, así como por la eventualidad derivada del carácter temporal, ya que dura mientras se ejecute la labor para la cual se ha contratado al trabajador; además, también se caracteriza por la ubicación relativa, es decir, no existe un lugar fijo donde se realicen las actividades.

e) Dentro de la normativa amplia que en el tiempo se han dado, señalamos algunas:

- Decreto Supremo de veinte de enero de mil novecientos veintiuno, que regulaba las obligaciones que deben cumplir los constructores para garantizar los derechos y beneficios de los obreros de construcción.

- Decreto Supremo de veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, que regulaba por primera vez el monto que percibirán los trabajadores en construcción civil por concepto de indemnización o compensación por tiempo de servicios con un importe del cuatro punto ocho por ciento del monto total del salario.

- Decreto Supremo del dos de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, que efectúa la clasificación de los obreros de construcción civil en operarios, oficiales y peones.

- Resolución Suprema número 27 DT de quince de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, establece la responsabilidad solidaria del dueño de la obra con los contratistas, subcontratistas o destajeros que tome a su cargo para la ejecución de la obra o parte de ella por el incumplimiento de sus obligaciones salariales y económicas correspondientes.

- Resolución Sub-Directoral número 531-81-9110000 de veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y uno, establece que el contrato de trabajo se efectiviza por el acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador, sin ninguna formalidad. --.--.

En fin, existe una gran cantidad de normas especiales que regulan diversos temas como el de la remuneración básica, descansos remunerados, horas extras, bonificación unificada de construcción (BUC), bonificación por altura, bonificación por contacto directo con agua, bonificación por altitud, bonificación por trabajo nocturno, movilidad acumulada, asignaciones, gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad, indemnización o compensación por tiempo de servicios, turnos, etcétera. Por otro lado, también tenemos normas que regulan la protección personal, es decir, que de acuerdo a la naturaleza del trabajo se otorgará a los trabajadores la protección necesaria para el cabal desempeño de su labor, como cascos, máscaras, guantes, etc. (Resolución Suprema número 02183-TR del veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y tres).

4.4.2. Seguridad social del trabajador de construcción civil

La seguridad social comprende la protección de la salud así como también el referido al aspecto previsional, como lo recoge el contenido del artículo 10° y 11° de la Carta Magna, lo que el Tribunal Constitucional¹¹² ha desarrollado de manera amplia señalando: Conforme lo enuncia el artículo 10° de la Constitución, el derecho a la seguridad social es un derecho humano fundamental, que supone el derecho que le “asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales

pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos”, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

De lo señalado, tenemos que la seguridad social, es un derecho humano fundamental, consagrado por la norma de mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico.

a) Seguro de riesgo

La Ley número 26790 (diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y siete) Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece en su artículo 2°, que el Seguro Social de Salud otorga cobertura a sus asegurados brindándoseles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales. El artículo 4° establece, que para efectos de la aplicación de la presente ley, se entiende por **Entidades Empleadoras a las empresas e instituciones públicas** o privadas que emplean trabajadores bajo relación de dependencia. El artículo 19° regula el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, y otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo, siendo obligatorio y de cargo del empleador, lo que en caso de contingencia cubre el otorgamiento de prestaciones de salud, en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y en segundo lugar, el otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

De lo precisado, se tiene entonces que es entidad empleadora, las empresas e instituciones públicas o privadas que emplean trabajadores, no hay distinción; en segundo lugar, que el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, es obligatorio en razón de la actividad de alto riesgo, no en razón de quien es el empleador público o privado.

La construcción, es una actividad comprendida en el Seguro antes referido, como consta del ítem quinientos y otros del anexo cinco del Decreto Supremo número 009-97-SA, con la modificación precisada en el artículo 1° de la Ley número 28081 y la Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo número 003-98-SA; por tanto, en razón del tipo de actividad, es obligatorio la inscripción respectiva.

b) Jubilación para construcción civil

Conforme a lo establecido en el artículo 1° del Decreto Supremo número 018-82-TR, tiene derecho a pensión los trabajadores que cuenten con cincuenta y cinco años de edad y acrediten por lo menos, quince años de aportaciones trabajando para el sector construcción civil, o un mínimo de cinco años en los últimos diez años anteriores al cese laboral, siempre y cuando la contingencia se hubiera producido antes del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos, fecha a partir de la cual, por disposición del Decreto Legislativo número 25967, ningún asegurado podrá gozar de pensión de jubilación sino acredita haber efectuado aportaciones por un período no menor de veinte años completos, sin perjuicio de los otros requisitos establecidos por ley.

El criterio señalado se encuentra recogido en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional¹¹², en las que en esencia se establece que si a la fecha señalada (diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos), tenía la edad necesaria y luego también contaba con los años de aportaciones, entonces es fundada su petición de jubilación en este régimen.

Actualmente como dice el Tribunal Constitucional¹¹², “los artículos 1° del Decreto Supremo número 018-82-TR y del Decreto Ley número 25967, delimitan el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión de los trabajadores de construcción civil. Así, establecen que tienen derecho a pensión los trabajadores que i) cuente con 55 años de edad, y ii) acrediten, por lo menos, 20 años de aportaciones, de las cuales 15 en total o un mínimo de 5 en los últimos 10 años anteriores al cese laboral deberán haberse efectuado trabajando en construcción civil”.

c) De lo revisado advertimos entonces que también en el tema de la seguridad social hay un tratamiento diferenciado a los trabajadores del régimen de construcción civil, ello por la naturaleza de sus labores, que implican un mayor riesgo y un mayor desgaste físico, así como también que la entidad empleadora comprende a quien contrate para realizar las actividades comprendidas en construcción, más allá de ser entidad privada o pública, de modo tal, que desconocerles tal régimen importa también un peligro latente de afectación del derecho humano fundamental a la seguridad social en salud y en materia previsional.

QUINTO.- De la ejecución directa de obras de construcción, por los gobiernos locales

El artículo 73° de la Ley número 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, regula la competencia específica, teniéndose que en el numeral 4.1. se prevé que pueden ejecutar directamente obras de infraestructura.

De lo precisado, se tiene que los gobiernos locales pueden y de hecho lo están haciendo, ejecutar por administración directa obras de infraestructura, las que si se encuentran clasificadas en la división cuarenta y cinco de la categoría F de las Actividades Económicas del Perú, según la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), entonces serán actividades de la construcción. La división cuarenta y cinco referida líneas antes, se subdivide en cinco grupos, como son el número cuatrocientos cincuenta y uno de preparación del terreno. El grupo número cuatrocientos cincuenta y dos, construcción de edificios completos y partes de edificios; obras de construcción de edificios completos y partes de edificios; obras de ingeniería civil. El grupo cuatrocientos cincuenta y tres, acondicionamiento de edificios. El grupo cuatrocientos cincuenta y cuatro, terminación de edificios. El grupo cuatrocientos cincuenta y cinco, alquiler de equipo de construcción y demolición dotado con operario. Cada uno de los grupos antes mencionados, tienen a su vez clases y apertura, lo que presenta mayor detalle de las actividades finalmente comprendidas.

Tiene particular importancia, el Decreto Supremo número 07-77-TR, el mismo que literalmente precisa en el artículo 1°: “Los trabajadores eventuales especializados en obras de construcción civil, que ejecuta directamente el Estado, en el modo y forma que se indica en la parte considerativa, tendrán derecho a percibir a partir de la fecha de promulgación del presente Decreto Supremo, los beneficios de compensación por tiempo de servicios y vacaciones, de acuerdo al régimen de construcción civil”. En el segundo considerando de la norma citada, se dice: “Que dicha relación de eventualidad determina que tales obreros estén comprendidos dentro de los beneficios de compensación por tiempo de servicios y vacaciones del régimen de construcción civil”. Aquí claramente se determina que por la naturaleza eventual de las obras, el Estado también queda obligado.

SEXTO.- Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional STC número 325-2011-PA/TC, en cuanto al tema concreto

6.1. Antecedentes

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, expidió la sentencia en el expediente referido, el dieciséis de mayo del dos mil once y publicada el veinticinco del mismo mes y año, absolviendo el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilfredo Alberto Catacora Chambilla, contra la sentencia expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró improcedente la demanda de autos. -

El demandante interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Torata, solicitando que se ordene el cese de los actos violatorios de sus derechos de trabajo y al debido proceso, y que por consiguiente se le reponga en el cargo que venía desempeñando como vigilante del local institucional. Por su parte el Procurador Público correspondiente, señala que el recurrente ha laborado como peón en el régimen de construcción civil para diferentes obras y que concluyó al haber culminado las obras.

El Primer Juzgado Mixto de Mariscal Nieto, declara improcedente la demanda por considerar que existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria, criterio que la Sala Superior confirma.

6.2. El derecho invocado

- El artículo 3° del Decreto Legislativo número 727 que regula quienes están comprendidas en los alcances de la presente ley. (fundamento jurídico cuatro).-.-.-.-

- El artículo 4° del Decreto Supremo número 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral, referido a la existencia de relación laboral a plazo indeterminado (fundamento jurídico cuatro).

6.3. El criterio establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional

Teniendo presente el artículo descrito (artículo 3° del Decreto Legislativo número 727), resulta manifiesto que las municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de la construcción, por lo

que en el presente caso, los alegatos de la municipalidad emplazada demuestran que contrató al demandante en forma fraudulenta porque no tiene la capacidad de contratarlo bajo el régimen laboral de construcción civil. (fundamento jurídico cuatro, acápite segundo).

6.4. Otras sentencias con igual criterio

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 1158-2011-PA/TC emitida el nueve de junio del dos mil once por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el proceso de amparo seguido contra la Municipalidad Provincial del Cusco, en el Fundamento Jurídico cinco, concluye con el mismo criterio referido en el numeral anterior, esto es, que las municipalidades no son personas jurídicas que se dediquen o promuevan actividades de la construcción al no estar comprendidas en el Decreto Legislativo número 727. -- **La Sentencia del Tribunal Constitucional número 3637-2010-PA/TC** emitida el diecinueve de mayo del dos mil once por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el proceso de amparo seguido contra la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, en el Fundamento Jurídico siete, concluye en igual forma que lo precisado en el acápite anterior.

6.5. Efectos vinculantes de las sentencias analizadas

En cuanto al carácter vinculante y obligatorio de las resoluciones del Tribunal Constitucional, se tiene: -- --

a) El carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento de la doctrina jurisprudencial, está regulado por el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, habiendo precisado incluso el Tribunal Constitucional¹¹², “(...) Por consiguiente, los criterios e interpretaciones efectuados por este Colegiado son vinculantes a pesar de que no se haya indicado o identificado, vía precedente, cuales son estos.

b) El precedente vinculante, regulado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene carácter normativo, ya que en verdad aquí hace el papel no de legislador negativo como es el caso típico de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, expulsándola del ordenamiento jurídico, sino que además cumple un rol de legislador positivo. Para definir con mayor precisión la figura del precedente vinculante, el propio Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente¹¹²: “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”. En verdad con lo señalado, el carácter vinculante, obligatorio, normativo, está absolutamente claro.

c) En relación a la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, se encuentra regulado por la Primera Disposición Final de la Ley número 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señalando: “Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”. Siendo así, no cabe duda del carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional. -- --

d) En el presente caso, las sentencias del Tribunal Constitucional aludidas, no contienen precedentes, sino más bien, se trata de jurisprudencia que al establecer criterios, tienen carácter vinculante, aunque claro, no de la intensidad del precedente y además, tampoco han sido emitidas por el Pleno.

SEPTIMO.- La figura del distinguishing

Como señala Carpio Marcos¹¹², la técnica del distinguishing, tiene por sentido al juez del common law, escapar de los rígidos márgenes conceptuales en los que suele encasillarlo una ratio. En este caso, la labor del Juez es mucho más refinada y exquisita, en tanto ingresa a analizar los elementos constitutivos del precedente a fin de encontrar en él, elementos que determinan su inaplicación al caso sub materia. Es un juego de análisis lógico y funcional de los conceptos y su correspondencia con los hechos, actividad que la convierte en una técnica sofisticada.

En el caso del distinguishing, vemos entonces que uno de los supuestos en el que es posible inaplicar un precedente, es cuando no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que se estaría obligado a aplicar, precisamente por su carácter vinculante. En el caso materia de análisis, tenemos que el criterio establecido es producto de jurisprudencia constitucional, que ciertamente no tiene la calidad de precedente, por tanto, en estricto no se trata de la inaplicación de una regla, pero sí de la justificación para asumir un criterio distinto en el caso concreto. ---

OCTAVO.- En cuanto a si las municipalidades no están comprendidas en el Decreto Legislativo número 727

El Tribunal Constitucional, como ya se ha indicado, ha señalado que la Municipalidad no está dentro del contenido del Decreto Legislativo número 727, lo que guarda congruencia con lo que señala el artículo 1°, “la presente ley establece las normas orientadas a crear las condiciones para el desarrollo de la inversión privada en la actividad de la construcción”, por tanto las municipalidades, los gobiernos regionales y en definitiva la que realizan las entidades públicas no es inversión privada, por lo que están fuera de sus alcances. Corrobora lo señalado, el contenido del artículo 3°, cuando señala que están comprendidas las personas naturales o jurídicas que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División cinco de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIU); sin embargo, estimo está referida a las personas naturales y jurídicas que desarrollan inversión privada, ya que ese es el contenido marco del Decreto Legislativo.

El artículo 12° concordado con el artículo 14° de la norma analizada, establece que para el caso de las empresas constructoras de inversión limitada, así como para el caso de personas naturales que construyan directamente sus propias viviendas, cuyos costos individuales no excedan de cincuenta Unidades Impositivas Tributarias, se regirán sus contratos y remuneraciones, mediante acuerdo individual o colectivo con sus empleadores conforme a la legislación común.

En consecuencia, se concuerda con el criterio del Tribunal Constitucional, en cuanto a que las municipalidades no están comprendidas dentro de los alcances del Decreto Legislativo número 727. ---

NOVENO.- Apartamiento del criterio que la Municipalidad, no tiene la capacidad de contratar bajo el régimen de construcción civil

9.1. Analicemos el supuesto de hecho que el trabajador se haya desempeñado realmente en una obra de construcción, clasificada como tal por la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIU) y laborando como un obrero típico de dicho régimen. ---

9.2. El criterio del Tribunal Constitucional referido a que la Municipalidad, “no tiene la capacidad de contratarlo bajo el régimen laboral de construcción civil”, se sustenta exclusivamente en que de acuerdo al artículo 3° del Decreto Legislativo número 727, “resulta manifiesto que las municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de la construcción”.

9.3. Sobre el particular se tiene:

- El Decreto Legislativo número 727, ciertamente no comprende a las entidades públicas, sin embargo, no prohíbe que estas realicen obras de construcción catalogadas como tales, lo que significa que sus beneficios solo alcanzan a los que en él se encuentran comprendidos.

- El Régimen de Construcción Civil, tiene una frondosa normativa que trasciende al Decreto Legislativo número 727 y que por cierto no las ha derogado, excepto en lo que se opongan a esta norma. ---

- El Régimen de Construcción Civil, se sustenta no en quien es el empleador, sino en la naturaleza riesgosa de la labor, así como en su eventualidad por la temporalidad de las obras.

- El Decreto Supremo número 07-77-TR establece que el Estado también paga la compensación por tiempo de servicios y vacaciones de acuerdo al régimen de construcción civil, en el caso de obras de construcción civil que ejecuta directamente.

- Los municipios conforme a su Ley Orgánica (artículo 73°), están autorizados para ejecutar directamente obras de infraestructura, lo que inclusive es objetivo de la Resolución de Contraloría número ciento noventa y cinco –ochenta y ocho-CG, en la que se aprueba normas que regulan la ejecución de las obras públicas por administración directa.

- Ninguno de los casos referidos en este artículo y que han sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, han estado ante el supuesto de hecho señalado, esto es, que realmente sea un obrero de construcción civil laborando en una obra de construcción clasificada como tal

9.4. Además, estando al principio de igualdad que recoge nuestra Carta Magna en el artículo 2° inciso 2, se tiene que resultaría absolutamente atentatorio de este derecho fundamental, el que trabajadores obreros que materialmente son de construcción civil de las entidades públicas, no se encuentren dentro del

enero del 2013, que confirma la sentencia que declaró fundada en parte la demanda y dispone que la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero pague los beneficios sociales, conforme al régimen laboral de construcción civil. **El voto singular en minoría** expresa sus propios fundamentos, respecto del que más adelante se efectuará un comentario. La apelación la interpone el Procurador Público de la Municipalidad demandada.

referido régimen, pese a realizar el mismo tipo de actividad de riesgo y temporalidad, afectando incluso su derecho constitucional a la seguridad social en salud y previsional, conforme lo analizado en el numeral cuatro punto cuatro punto dos.

9.5. En cuanto al extremo que por el principio de igualdad se aplique también el Decreto Legislativo número 727 a los obreros de construcción civil de las entidades públicas, solo si supera el monto de la obra el valor que establece dicho decreto legislativo, se tiene que en principio es inaplicable al haberse concluido que las entidades públicas están fuera de su alcance y en segundo lugar, por cuanto sería una interpretación desfavorable para dichos trabajadores, con lo que se estaría haciendo una aplicación contraria al sentido de dicho principio y que recoge nuestra Carta Magna en el artículo 26° inciso 3.

9.6. Por tanto, es posible inaplicar el criterio de que las municipalidades no pueden contratar obreros de construcción civil y en tal sentido se estima que es viable aplicar la figura del distinguishing; más aún, en las sentencias aludidas, no se efectúa un análisis de la normativa referida a construcción civil, tanto en materia laboral como de seguridad social que comprende en varias de ellas también a las entidades públicas.-

DECIMO.- Estando a la normativa analizada referida al régimen de construcción civil, se establece que los gobiernos locales y otras entidades públicas, que por la normativa vigente están autorizadas a ejecutar obras por administración directa, en el caso que se hagan actividades de la construcción comprendidas en la Gran División cinco de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIIU), corresponde pagar las remuneraciones y demás beneficios de los trabajadores respectivos dentro del régimen laboral de construcción civil, lo cual ocurre en el caso de autos, al haber el actor laborado en obras comprendidas en actividades de la construcción comprendida en la Gran División mencionada. -.

PARTE C VOTO SINGULAR

La suscrita no está de acuerdo con los considerandos sexto al noveno del voto del ponente, en el sentido que el Decreto Legislativo número 727 no le es aplicable a las Municipalidades ni previsto en el artículo 12° del Decreto Legislativo 727, pues las sentencias a las que hace alusión el voto en el sexto considerando están referidas a trabajadores que laboraban en Municipalidades bajo simulación de contratos de construcción civil, no existiendo un análisis de parte del Tribunal Constitucional de los alcances del citado Decreto Legislativo; más en el caso de autos para determinar si dicho régimen le es aplicable al actor, debe tenerse en cuenta lo previsto por los artículos 12° y 14° del Decreto Legislativo 727: artículo 12° *“Quedan comprendidos en los alcances del presente título las empresas que desarrollen actividades consideradas en la Gran División cinco de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas (CIIU), en la medida en que exclusivamente ejecuten obras cuyos costos individuales no excedan cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)...”* y el artículo 14° señala: *“Los trabajadores que sean contratados por las empresas a que se refiere este Título para la ejecución de obras civiles, regirán sus contratos y remuneraciones mediante acuerdo individual o colectivo con sus empleadores conforme a la legislación laboral común. Los contratos se celebrarán por obra o servicio y las remuneraciones se podrán fijar libremente, por jornal, destajo, rendimiento, tarea u otra modalidad”*; ello, en concordancia con el Decreto Supremo número 007-77-TR que extiende los alcances del régimen de construcción civil en las obras realizadas por el Estado, con la Convención Colectiva de Trabajo dos mil ocho - dos mil nueve; por lo que concuerdo con el fallo del Vocal Ponente.

Hechos:

El actor señala que tenía la condición de obrero de construcción civil, en la condición de peón, habiendo laborado en diversas obras de construcción, como “Acabados Comedor Infantil Las Esmeraldas”, entre otras. Por su parte la demandada, sostiene que el actor no tenía la condición de obrero de construcción civil y que tampoco ha acreditado que el valor de las obras hayan superado las 50 UIT.

Petitorio:

El demandante solicita el pago de los beneficios sociales conforme al régimen de construcción civil, por haberse desempeñado como obrero de diversas obras de construcción civil, ejecutadas directamente por la Municipalidad demandada.

Fundamentos jurídicos relevantes de la decisión:

a) En el cuarto considerando se analiza del Decreto Legislativo Nro. 727, haciéndose mención que ello es un imperativo, estando al criterio del Tribunal Constitucional expresado en sentencias como la recaída en el Expediente Nro. 325-2011-PA/TC, entre otras. De manera sintética el análisis se desarrolla en los siguientes aspectos:

a.1. Del régimen de construcción civil.- En primer lugar, se analiza el régimen laboral del trabajador de construcción civil, su concepto, características; luego alude a algunas normas especiales del referido régimen para graficar la particularidad de tal régimen, como el Decreto Supremo de 20 de enero de 1921, que regulaba las obligaciones que deben cumplir los constructores para garantizar los derechos y beneficios de los obreros de construcción; el Decreto Supremo del 02 de marzo de 1945, que efectúa la clasificación de los obreros de construcción civil en operarios, oficiales y peones; la Resolución Suprema Nro. 27 DT de 15 de marzo de 1958, que establece la responsabilidad solidaria del dueño de la obra con los contratistas, subcontratistas o destajeros que tome a su cargo para la ejecución de la obra, ante el incumplimiento de sus obligaciones salariales y económicas correspondientes.

a.2. De la seguridad social del trabajador de construcción civil.- Se precisa que comprende la seguridad social en salud y el referido al aspecto previsional. Se alude al seguro complementario de trabajo de riesgo que establece el artículo 19 de la Ley Nro. 26790, que está dirigido a brindar cobertura adicional a los afiliados regulares del

Seguro Social de Salud, que desempeñan las actividades de alto riesgo, siendo obligatorio y de cargo del empleador, sean estos empresas o instituciones públicas, como se desprende de su artículo 4. Se precisa también, que la construcción es una actividad comprendida en el Seguro antes referido, aludiendo al ítem 500 del anexo 5 del Decreto Supremo Nro. 009-97-SA, con la modificación precisada en el artículo 1 de la Ley Nro. 28081 y la Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo Nro. 003-98-SA.

a.3. Jubilación para construcción civil.- se precisa el artículo 1 del Decreto Supremo Nro. 018-82-TR que establece derecho a pensión los trabajadores que cuenten con 55 años de edad y acrediten por lo menos 15 años de aportaciones trabajando para el sector construcción civil, ello cuando la contingencia se hubiera producido antes del 19 de diciembre de 1992, y luego, por disposición del Decreto Ley Nro. 25967, se requiere acreditar por lo menos 20 años de aportaciones. De lo señalado, se tiene entonces que existe una modalidad de jubilación especial para los trabajadores de construcción civil.

a.4. Se concluye en la resolución en cuanto al tema abordado, que existe un tratamiento diferenciado a los trabajadores de construcción civil, tanto en materia laboral como en el tema de la seguridad social, por lo que desconocerles tal régimen importaría peligro latente de afectación del derecho humano fundamental a la seguridad social en salud y en materia previsional.

b) En el Quinto Considerando de la sentencia, de analiza el tema de la ejecución directa de obras de construcción, por los Gobiernos Locales, respecto del que se señala lo siguiente:

b.1. Se alude al numeral 4.1 del artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en cuanto regula que tienen como competencia específica el ejecutar directamente obras de infraestructura.

b.2. Se precisa que conforme a la división 45 de la categoría F según la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), las obras de infraestructura sí se encuentran incluidas en tal clasificación.

b.3. Se sustenta también en el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, transcribiéndose el artículo 1, referido a los trabajadores eventuales en obras de construcción civil, que ejecuta directamente el Estado, perciben los beneficios de compensación por tiempo de servicios y vacaciones de acuerdo al régimen de construcción civil. Se precisa que por la naturaleza de las labores, el Estado también queda obligado.

c) En el Sexto Considerando, se analiza la sentencia Nro. 325-2011-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, en la que se resuelve que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de construcción. Sobre el particular en la Sentencia de la Sala Superior, se alude a la figura del distinguishing, como posibilidad de apartarse de un precedente, pero también se indica que en estricto la sentencia del Tribunal Constitucional es una jurisprudencia por lo que se trata de la justificación para asumir un criterio distinto en el caso concreto.

d) En el Octavo Considerando, se analiza el Decreto Legislativo Nro. 727 y se concluye que en efecto las Municipalidades no están comprendidas dentro de los alcances de la referida norma, concordando en cuanto ese punto concreto con el criterio del Tribunal Constitucional.

e) En el Noveno Considerando se sustenta el apartamiento del criterio que la Municipalidad, no tiene capacidad de contratar bajo el régimen de construcción civil, analizando el Decreto Legislativo Nro. 727; luego se alude al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, que ya se ha especificado su contenido; se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades en cuanto están autorizados para ejecutar directamente obras de infraestructura; se refiere a la Resolución de Contraloría Nro. 195-88-CG que aprueba normas que regula la ejecución de las obras públicas por administración directa. Así mismo, se sustenta en el principio de igualdad que recoge el inciso 2 del artículo 2 de la Carta Magna, en razón de realizar las mismas labores, caracterizadas por ser actividades de riesgo y temporalidad, afectando incluso el derecho constitucional a la seguridad social en salud y previsional. Se completa el análisis en este considerando noveno, expresando que por el principio de igualdad, no resulta de aplicación el Decreto Legislativo Nro. 727, por cuanto las entidades públicas se ha concluido que están fuera de su alcances y en segundo lugar, por cuanto sería una interpretación desfavorable para dichos trabajadores, con lo que se estará haciendo una aplicación contraria al principio que recoge el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política.

f) Se concluye que es posible inaplicar el criterio del Tribunal Constitucional, aplicando la figura del distinguishing, señalándose además, que en las sentencias aludidas (del Tribunal Constitucional), no se efectúa un análisis de la normativa referida a construcción civil.

g) En el Décimo Considerando, se concluye que las entidades públicas autorizadas para ejecutar obras de construcción por administración directa, corresponde pagar a sus trabajadores que realizan tales labores, dentro del régimen laboral de construcción civil

y además del contexto general de la resolución, se desprende que no les resulta de aplicación a las entidades públicas, el Decreto Legislativo Nro. 727.

h) El Voto Singular, alude a que no está de acuerdo con los considerandos sexto al noveno de la resolución, en el sentido que el Decreto Legislativo Nro. 727 no le es aplicable a las Municipalidades, ya que el caso está referido a un supuesto de simulación de contratos de construcción civil, no existiendo un análisis de parte del Tribunal Constitucional de los alcances del citado Decreto Legislativo. Además se alude al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, señalando que extiende los alcances del régimen de construcción civil en las obras realizadas por el Estado. Finalmente señala que por ello concuerda con el fallo del Vocal Ponente.

Decisión:

SE RESUELVE CONFIRMAR LA SENTENCIA que declara fundada en parte la demanda, disponiéndose que la Municipalidad demandada pague los beneficios sociales conforme lo establecido en la sentencia en grado, esto es, dentro del régimen de construcción civil.

Análisis crítico¹¹³:

- a) En la Resolución de Vista, se analiza no solo el Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, sino que también en cuanto al régimen laboral del trabajador de construcción civil, a las normas que caracterizan tal régimen especial y que han sido explicitadas en la parte correspondiente a los fundamentos jurídicos de la decisión.
- b) Se analiza la seguridad social del trabajador de construcción civil, en cuanto al seguro complementario por trabajo de riesgo, en cuanto a la jubilación para el trabajador de construcción civil, haciéndose mención a las normas correspondientes.
- c) Hasta ahí se concluye en la resolución, que existe un régimen especial de construcción civil, determinado por las características propias de los trabajadores que realizan tal actividad en obras de construcción.

¹¹³ **NOTA:** La sentencia de Vista recaía en el Expediente Nro. 0220-2010-0-0401-JR-LA-02 ha sido expedida por el colegiado que en la condición de Juez Superior integra el investigador que presenta y sustenta esta tesis, siendo además el ponente de dicha resolución, por lo tanto, solo consignaré los datos objetivos que se desprenden, omitiendo calificar si se cumplió o no a cabalidad con la justificación y motivación correspondiente, al tratarse en definitiva de mi misma persona.

d) Se analiza respecto a la ejecución directa de obras de construcción, por los Gobiernos Locales, y para ello, se revisa la Ley Orgánica de Municipalidades, el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR; así mismo al margen de la normativa legal ya antes referida que se analiza, también se acude al principio de igualdad que recoge la Carta Magna, para establecer que sí pueden las Municipalidades contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil.

e) Se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 325-2011-PA/TC, sus efectos vinculantes, la figura del distinguishing, para sustentar el apartamiento del criterio de dicho Tribunal.

f) Finalmente, establece como criterio que los Gobiernos Locales y otras entidades públicas, que por la normativa vigente están autorizadas a ejecutar obras por administración directa, en el supuesto de ejecutar obras de construcción según la Gran División cinco de la CIU, corresponde que paguen las remuneraciones y demás beneficios de los trabajadores obreros, dentro del régimen laboral de construcción civil.

g) En cuanto al Voto Singular, se establece en definitiva que sí les resulta de aplicación el Decreto Legislativo Nro. 727, para el tema de aplicarse el criterio del valor de la obra, y, también se sustenta en el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR para señalar que se extiende los alcances del régimen de construcción civil en las obras realizadas por el Estado. Así mismo, que el Tribunal Constitucional se habría referido a la simulación de contratos de construcción civil, y que no existiría un análisis de parte del Tribunal Constitucional de los alcances del citado Decreto Legislativo. Sobre el particular se tiene:

g.1. Los Fundamentos 3 y 4 de la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 325-2011-PA/TC, literalmente dicen:

Fundamento 3: “Para resolver la controversia conviene subrayar que en el escrito de contestación de demanda, obrante a fojas 71, se señala que “es verdad que el demandante ha trabajado para la Municipalidad Distrital de Torata, pero ha trabajado como peón y bajo el régimen de construcción civil (...)”.

Fundamento 4: “En tal sentido resulta necesario recordar que el artículo 3 del Decreto Legislativo Nro. 727 prescribe que “Están comprendidas en los alcances de la presente Ley, las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se dediquen o promuevan las actividades de la construcción comprendidas en la Gran División 5 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas”.

“Teniendo presente el artículo descrito, resulta manifiesto que las Municipalidades no son personas jurídicas que se dedican a actividades de la construcción, por lo que en el presente caso los alegatos de la Municipalidad emplazada demuestran que contrató al demandante en forma fraudulenta porque no tiene la capacidad de contratarlo bajo el régimen laboral de construcción civil, por lo que en aplicación del artículo 4 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, puede concluirse que entre las partes existió una relación laboral a plazo indeterminado.”

g.2. De la literalidad de los fundamentos señalados, se desprende que según el Tribunal Constitucional la contratación fraudulenta se sustenta porque no tiene la Municipalidad la capacidad de contratar al demandante bajo el régimen de construcción civil; en modo alguno señala que el fraude se deba a que materialmente no realizó el actor labores de construcción civil, tanto más, lo que se subraya en el fundamento 3 referido al dicho de la demandada, en el sentido que es verdad que el demandante ha trabajado para la Municipalidad como peón y bajo el régimen de construcción civil.

g.3. Estando a lo señalado, se estima que en efecto el criterio del Tribunal Constitucional es en el sentido que las Municipalidades no pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, en atención a que, en sus propias palabras, no tienen capacidad de contratar bajo el régimen de construcción civil. En tal sentido, no se comparte el fundamento del voto singular.

3.3. Pleno Jurisdiccional

3.3.1. Pleno Jurisdiccional Distrital de Arequipa en materia laboral del 2012¹¹⁴

Según Acta de Sesión Plenaria del 20 de julio de 2012, acordado en el Pleno Jurisdiccional de la referencia, en el Tema 3 sobre el Contrato de Trabajo bajo el régimen de construcción civil en las Municipalidades, se acordó por mayoría lo siguiente: “*Sí pueden contratar a trabajadores sujetos al Régimen Laboral de Construcción Civil, las Municipalidades Provinciales, Distritales y Centros Poblados.*”. (Negrilla nuestra).

Fundamentos jurídicos del Acuerdo

a) El numeral 2 de la Ley Nro. 27972 Orgánica de Municipalidades (debe entenderse del artículo 79), referido a que tienen como funciones específicas compartidas de las

¹¹⁴www.pj.gob.pe/CIJ/plenos jurisdiccionales

Municipalidades Provinciales, ejecutar directamente o concesionar la ejecución de las obras de infraestructura urbana o rural.

b) En la Mesa de Trabajo 4, también se sustenta el acuerdo en el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, esto es, en la norma que le permite a las entidades públicas, contratar trabajadores temporales para la ejecución de obras de construcción, pagando la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones conforme al régimen de construcción civil.

Análisis jurídico:

El acuerdo no materializa muchos fundamentos jurídicos; sin embargo, el de las funciones específicas es un fundamento absolutamente pertinente, en la línea de señalar que las Municipalidades, son entidades que sí tienen como funciones, el ejecutar directamente las obras de infraestructura urbana o rural.

Así mismo, se sustenta en el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, mismo que ha sido ampliamente analizado en el Capítulo III del Título II de la presente investigación, por lo que se reproduce ello.

De lo señalado, se tiene que si bien la fundamentación del Acuerdo, desde el punto de vista del investigador, las normas señaladas son muy fuertes y pertinentes; sin embargo, no está suficientemente fundamentada, así por ejemplo no se analizó expresamente al Decreto Legislativo Nro. 727, las normas que caracterizan al régimen de construcción civil, las normas sobre seguridad social, particularmente sobre la jubilación del trabajador de construcción civil; adicionalmente, no se analizan principios como el de igualdad, entre otros, lo que podría haber dado mayor peso al acuerdo.

3.3.2. Pleno Jurisdiccional Distrital en materia laboral de Moquegua¹¹⁵

El Pleno Jurisdiccional Distrital aludido se acuerda el 21 de junio de 2005, siendo que el Acuerdo Nro. 2, está referido a “**Normas que se aplican para el pago de remuneraciones a trabajadores de construcción civil en entidades públicas no habituales en construcción**”, siendo que el mismo fue tomado por unanimidad con el siguiente texto:

¹¹⁵www.pj.gob.pe/CIJ/plenos jurisdiccionales.

“Primero.- No corresponde aplicar a los trabajadores que laboran para las entidades públicas como Municipalidad y Gobiernos Regionales y otros en obras de construcción civil, el régimen general que disponen las respectivas Leyes Orgánicas para todos sus trabajadores, pues estos deben ser pagados por el régimen especial de construcción civil por aplicación del Principio in dubio pro operario y el principio de A igual trabajo igual remuneración.

Segundo.- Debe hacerse en dichas instituciones la distinción entre trabajadores obreros y trabajadores de construcción civil, teniendo en cuenta el valor de la obra que debe ser de más de 50 UIT”.

Fundamentos jurídicos del acuerdo

a) El artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades en cuanto establece que los obreros que prestan sus servicios a las Municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen de la actividad privada.

b) Expresamente no se consigna como parte del fundamento el Decreto Legislativo Nro. 727; sin embargo, implícitamente si lo estaría haciendo en atención a que se alude al valor de las obras que superan las 50 UIT, que es la única norma que regula tal aspecto.

c) Se advierte también, que implícitamente se sustenta en la Ley de Bases de la Descentralización, por cuanto en sus fundamentos se alude a que los Gobiernos Regionales, Locales, para la realización de sus fines, ejecutan obras de construcción civil.

d) Se alude al principio in dubio pro operario, para aplicar el régimen de construcción civil a los trabajadores que ejecutan obras de construcción materializadas por entidades públicas, así como el principio de igualdad en las remuneraciones.

Análisis crítico

a) En definitiva el acuerdo establece que las entidades públicas al contratar trabajadores en obras de construcción civil, deben ser pagados por el régimen especial de construcción civil, pero también debe de tenerse en cuenta que el valor de la obra supere las 50 UIT.

b) Hubiera resultado absolutamente importante, incorporar en sus fundamentos las normas que sirven de base para el acuerdo.

c) Más allá que implícitamente se desprende que se habría considerado la aplicación del Decreto Legislativo Nro. 727, así como la posibilidad de que los Gobiernos Regionales

y Locales puedan ejecutar obras de construcción, se estima que también la motivación resulta insuficiente, más aun que el decreto legislativo referido, excluye a las entidades públicas de sus ámbito de aplicación, como ya ampliamente se ha analizado en el capítulo correspondiente de la presente investigación.

d) Se advierte cierta incongruencia en los fundamentos jurídicos, por cuanto se establece que corresponde pagar a los trabajadores en obras de construcción civil, dentro del régimen de construcción civil en base al principio *in dubio pro operario*; esto es, de favorecimiento al trabajador en caso de duda en la interpretación de normas; sin embargo, se amplía la restricción del valor de la obra para aplicar el régimen de construcción civil, lo que resulta ser una interpretación menos favorable al trabajador. Además, tampoco se menciona y menos se explica, cuál es la norma objeto de interpretación más favorable, lo que supone por el contrario, una aplicación en vacío del indicado principio.

e) La aplicación del principio de igualdad en las remuneraciones a igual trabajo, sí resulta pertinente, al acuerdo de que se le paguen dentro del régimen de construcción civil, a los trabajadores de obras de construcción que ejecutan directamente las entidades públicas.

f) En definitiva, el Acuerdo pareciera en el fondo asimilar a las entidades públicas con las empresas privadas, a efecto de aplicar implícitamente el Decreto Legislativo Nro. 727, que regula el valor de las obras para la eventual exclusión de la aplicación del régimen de construcción civil; y por otro lado, considera que debe pagarse conforme a tal régimen en base al principio de igualdad, evidenciándose ausencia de análisis en relación a diversas normas y tratados internacionales aplicables al caso.

4. ANÁLISIS CONCLUSIVO

En el Capítulo IV de la presente investigación, se efectúa un análisis jurídico de la jurisprudencia, ejecutorias y plenos jurisdiccionales, lo que nos permite abordar a las siguientes conclusiones.

a) Se desprende de los diversos pronunciamientos, en cuanto al tema materia de investigación, fundamentalmente tres criterios y que son:

a.1. Los Gobiernos Locales, las Municipalidades y en general las entidades públicas, NO tienen capacidad para contratar trabajadores dentro del régimen laboral de

construcción civil, cuando ejecutan obras de construcción por administración directa, al no estar incluidas en el Decreto Legislativo Nro. 727.

a.2. Los Gobiernos Locales, las Municipalidades y en general las entidades públicas, SI pueden contratar trabajadores dentro del régimen laboral de construcción civil, cuando ejecutan obras de construcción por administración directa, aplicando también el valor de las obras, regulado por el Decreto Legislativo Nro. 727.

a.3. Los Gobiernos Locales, las Municipalidades y en general las entidades públicas, SI pueden contratar trabajadores dentro del régimen laboral de construcción civil, cuando ejecutan obras de construcción por administración directa, no siéndoles de aplicación el Decreto Legislativo Nro. 727 y SÍ el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, entre otros fundamentos jurídicos.

b) De los criterios señalados, se advierte que existen sentencias con pronunciamientos diversos y contradictorios en las emitidas por el Tribunal Constitucional, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, las Salas Superiores, los Jueces de Primera Instancia, e incluso, con los Acuerdos de Plenos Jurisdiccionales Distritales que han sido aludidos, en relación al tema si las entidades públicas pueden o no contratar obreros dentro del régimen laboral de construcción civil, cuando estos laboren en obras de construcción ejecutadas directamente por las referidas entidades.

c) Se desprende del análisis efectuado, que se trata de un caso complejo y en tal sentido, que la justificación interna y externa expresadas, es insuficiente en la mayoría de resoluciones; y, en casos, hay ausencia total de justificación externa normativa, con lo que también se afecta el deber de motivación de las resoluciones judiciales que prevé la Constitución Política del Estado y que por supuesto también alcanza a las que emite el Tribunal Constitucional.

d) El Tribunal Constitucional en su condición de máximo intérprete de la Constitución y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que han emitido las resoluciones analizadas, que tiene como uno de sus fines el nomofilático, esto es, el establecer criterios para unificar las posiciones discrepantes, no han abordado el tema con la profundidad que la trascendencia del caso requiere, manteniéndose tal incertidumbre en el usuario judicial y de manera particular, en los trabajadores obreros de construcción civil que laboran entidades públicas que ejecutan obras de construcción, así como en las propias entidades aludidas.

Cuadro Resumen Nro. 3

**SEGÚN CRITERIO ASUMIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA
JUDICATURA ORDINARIA**

CRITERIOS	TC Y ORGANOS JURISDICCIONALES
1. De la inaplicación del Régimen de Construcción Civil por los Gobiernos Locales, Regionales y otras entidades públicas, amparado en que aquellas no están comprendidas en el Decreto Legislativo Nro. 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción	- Tribunal Constitucional - Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema - Sala Mixta de Moquegua
2. De la aplicación del Régimen Laboral de Construcción Civil por las Municipalidades y otras entidades públicas, conforme al Decreto Legislativo Nro. 727	-Sala Especializada en lo Civil de Ucayali - Segundo Juzgado Laboral de Chiclayo - Sala Laboral Transitoria de Arequipa - Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Moquegua 2005
3. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil por los Gobiernos Locales y otras entidades del estado, en obras de construcción, al amparo del Decreto Supremo Nro. 07-77-tr y normas internacionales	- Sala Laboral Permanente de Arequipa (hoy 1ra. Sala Laboral) - Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Arequipa 2012.

- **Elaboración personal**

Cuadro Resumen Nro. 4

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA
JUDICATURA ORDINARIA, SEGÚN SUS CRITERIOS**

CRITERIOS	FUNDAMENTOS JURÍDICOS
<p>1. De la inaplicación del Régimen de Construcción Civil por los Gobiernos Locales, Regionales y otras entidades públicas, amparado en que aquellas no están comprendidas en el Decreto Legislativo Nro. 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Analiza al D. Leg. 727 de Fomento de la Inversión Privada en la Construcción, y precisa que solo incluye a personas naturales y jurídicas privadas, mas no a las municipalidades. - Entonces entidades públicas no pueden contratar obreros dentro del Régimen de Construcción Civil, sino en el régimen común. - Art. 73 de L. 27972 L.O. de Municipalidades, no se dedican actividades de construcción.
<p>2. De la aplicación del Régimen Laboral de Construcción Civil por las Municipalidades y otras entidades públicas, conforme al Decreto Legislativo Nro. 727</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Aplican automáticamente el D. Leg. 727 de Fomento de la Inversión Privada en la Construcción, entonces aplica el costo individual de obra para distinguir entre obligadas a contratar en régimen especial o no. - Solo una Jueza Superior sustentó su posición en el D.S. 07-77-TR - Sala Especializada Civil de Ucayali, analiza varias normas del Régimen de Construcción Civil, mas no alude al D.S. 07-77-TR
<p>3. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil por los Gobiernos Locales y otras entidades del estado, en obras de construcción, al amparo del Decreto Supremo Nro. 07-77-tr y normas internacionales</p>	<ul style="list-style-type: none"> - D.S. 07-77-TR - Conjunto normativo de Régimen de Construcción Civil - Normas de jubilación especial de trabajadores de construcción civil - Se sustenta el distinguishing en relación al criterio del TC

- **Elaboración personal**

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

De la investigación efectuada en relación a algunos países y claro respecto del tema materia de investigación, se tiene lo siguiente:

1. CHILE

No cuentan con un régimen específico para los trabajadores de la construcción, sin embargo hay normas que pueden atender su especial situación, por ejemplo en materia previsional como el artículo 68 bis del DL 3500, que toma especial consideración en cuanto a la realización de labores pesadas.

Luego, respecto de la forma en que las entidades públicas construyen, lo realizan a través de licitaciones donde la empresa privada que se adjudica la licitación debe contratar a los obreros; sin embargo, la entidad pública tiene una responsabilidad laboral, esta se recoge en el artículo 183 A y siguientes del Código del Trabajo, al establecerse que debe responder - en caso de incumplimiento- de las obligaciones laborales y en materia de seguridad en el trabajo.

Por lo tanto, si bien las entidades públicas no ejecutan obras de construcción en forma directa, sino que, lo hacen a través de empresas privadas, se tiene que igualmente son responsables del incumplimiento de obligaciones labores y en materia de seguridad en el trabajo, consecuentemente, el trabajador está protegido y el costo de la obra se deduce debe comprender el cumplimiento de todos los derechos y obligaciones en relación a tales trabajadores.

2. GUATEMALA

RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

De la investigación realizada, se advierte que no existe ningún régimen especial de trabajo para los trabajadores de la construcción. El Código de Trabajo de Guatemala, contempla como regímenes especiales de trabajo, el de las mujeres, el de los menores de edad, el trabajo de aprendizaje, el de trabajadores del mar. Los trabajadores de la construcción son incluidos en el conjunto de trabajadores tutelados por el Código de Trabajo.

Para los efectos de prestaciones de carácter laboral, tienen derecho a las siguientes: 1) Aguinaldo que es equivalente a un salario, se paga en el mes de diciembre de cada año, antes del 15, por ley, pero la ley Reguladora del Aguinaldo, permite el pago del aguinaldo en dos pagos el 50% en diciembre y el 50% restante en la primera quincena de enero de cada año. 2) Bonificación Anual para los Trabajadores del Sector Privado y del Sector Público, equivalente a un salario, que debe de ser pagado en el mes de julio de cada año, antes del 14. Es conocido en nuestro medio como Bono 14. 3) Bonificación incentivo, que es una bonificación equivalente a Q 275.00 mensuales, pagaderos todos los meses junto con el sueldo. Casi siempre los trabajadores de la construcción tienen derecho al tiempo extraordinario, pagadero en el 50% del valor de la hora de trabajo. En caso sean despedidos injustificadamente, se les deberá de pagar un mes de salario por cada año laborado, sin límite de tiempo, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 del Código de Trabajo y 102 y 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Si al finalizar la relación sin justa causa laboral, no ha sido liquidada la indemnización y tiene que acudir a los tribunales de justicia, el patrono deberá pagar a título de daños y perjuicios los salarios dejados de percibir desde el momento de su despido hasta el momento en que reciba la totalidad de su indemnización, hasta un máximo de 12 meses.

¿Pueden ejecutar directamente obras de construcción las entidades públicas?

Sí. En Guatemala hay dos formas de ejecutar la obra pública: una por medio de empresas privadas, que son contratadas por el Estado, las entidades descentralizadas y autónomas o las Municipalidades; en este caso, se rigen por el procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, que a su vez, establece tres formas de contratación: a) La compra directa, siempre que los bienes o servicios a adquirir, no sean mayores de Q 30,000.00; b) La Cotización que va desde los Q 30,000.01 hasta Q 900,000.00 y de esta cantidad en adelante se llama licitación. Los dos últimos constituyen un sistema de concurso público.

La otra forma, es lo que se denomina POR ADMINISTRACION, y es cuando las entidades públicas, para realizar las obras que tienen asignadas, utilizan maquinaria, equipo, material del Estado y su propio material humano. En este caso los trabajadores pueden ser permanentes, cuando están permanentemente, en nómina de la institución,

conocidos en Guatemala, como los trabajadores 011, personal permanente, (la denominación es por la clasificación en las partidas presupuestarias de cada entidad).

Pero también, se utiliza la contratación temporal de los trabajadores de la construcción, los cuales pueden estar ligados a través de contratos 022 que es el típico contrato de trabajo a plazo fijo. Los trabajadores de este renglón perciben todo tipo de prestaciones laborales, inclusive son afiliados al seguro social, sin embargo al finalizar el plazo, también finaliza sin responsabilidad para el Estado la relación laboral.

También se ha encontrado la modalidad de contratar trabajadores temporales, por el renglón 029 personal temporal, a los cuales se les ha negado la naturaleza de trabajadores y se les quiere asimilar a simples prestadores de servicios. Las salas de Trabajo y Previsión Social, hemos sostenido el criterio que este tipo de trabajadores, tienen derecho a todo tipo de prestaciones laborales, si llenan requisitos como la continuidad de la relación de trabajo, que reciben un salario, que trabajan bajo dependencia continuada, por lo que estimamos que es un contrato realidad y que en el derecho del trabajo a diferencia del derecho civil, en donde las partes son libres de pactar sus condiciones contractuales; en materia de trabajo, la libertad está limitada por la irrenunciabilidad de derechos. Si hay diferencias entre lo pactado y los hechos, hay que darle preferencia a los hechos.

¿Se sujetan a un tratamiento legal como lo haría una empresa privada o es diferente?. No, las entidades estatales no se someten a un procedimiento especial, le son aplicables las normas de la Ley de Servicio Civil, y supletoriamente el Código de Trabajo. Aunque muchas entidades superan estas leyes a través de la negociación de Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo.

3. URUGUAY¹¹⁶

De la investigación realizada, se advierte que en el Uruguay, las entidades públicas no ejecutan obras de construcción por administración directa. De hecho, las obras de construcción, se licitan a efecto de una empresa privada se encargue de tal obra.

Por otro lado, se advierte que cuentan con un régimen laboral y de seguridad social, para trabajadores de construcción.

¹¹⁶ CANABAL, Rodolfo. Construcción: Régimen Laboral y de Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria, Mastergrafsrl, Quinta Edición, Montevideo –Uruguay, 2012.

Las fuentes de donde emana todo el marco normativo relacionado a la industria de la construcción, derivan de normas legales, reglamentos, criterios acordados en la Comisión Tripartita del Grupo Nro. 37 (hoy Grupo Nro. 09, Industria de la Construcción), misma que está integrada por delegados de la Cámara de la Construcción del Uruguay, del Sindicato Único de la Construcción y Anexos y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Entre los aspectos regulados está el cese anticipado, que se da cuando por decisión del empleador se tiene por concluido el contrato de trabajo, sin que haya terminado la obra, en cuyo supuesto se paga una indemnización tarifada, según lo establece el literal a.1 de la Ley Nro. 12597.

También tienen establecido los viáticos por traslado, según el Decreto Nro. 414/985 de 01 de agosto de 1985, ello en la industria de la construcción.

Así mismo, por Decreto Nro. 414/985 del 1 de agosto de 1985, se aprobaron normas relacionada a las compensaciones por desgaste de ropa y de herramientas y gastos de transporte.

En el Convenio Colectivo del 3 de diciembre de 2010, se insertó en el artículo 12, las horas espera de tiempo perdido por lluvia.

En definitiva tienen establecido un conjunto de normas, acuerdos, entre otros, para los trabajadores que laboran en la industria de la construcción.

4. ANÁLISIS CONCLUSIVO

Se advierte del análisis efectuado en los países aludidos, que mayoritariamente las obras de construcción son ejecutadas por empresas privadas, siendo que solo en el caso de Guatemala, es que se ha encontrado que las entidades públicas pueden ejecutar obras de construcción por administración directa, sistema que es similar al que se tiene en el Perú.

Igualmente, se desprende que en varios países, existe regulación especial para los trabajadores que prestan servicios en la construcción. En otros países, se encuentra regulado como parte de las normas aprobadas para los trabajadores comunes.

CAPITULO VI

DE LA EJECUCIÓN MATERIAL DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA POR ENTIDADES PÚBLICAS

El objeto de consignarse información, en relación a la ejecución material de obras de construcción por administración directa por entidades públicas, es sólo referencial, ya que no es el objeto de estudio propiamente de la presente investigación; sin embargo, resultan útiles para graficar con ello la cantidad de casos en que la administración efectúa tal ejecución de obras, así como en varios de los casos, con información en relación al número de trabajadores obreros de construcción que han contratado.

A continuación presentaremos tres cuadros resumen, respecto del número de obras, el monto global de las mismas y el número de trabajadores obreros que han laborado en las entidades públicas que se aluden.

Es pertinente señalar que para el caso de las entidades públicas fuera del ámbito territorial de Arequipa, se ha obtenido la información de la página web de transparencia de la Contraloría General de la República; sin embargo, se advierte que la misma en cuanto a datos relativos al monto de la obra es incompleto y en cuanto al número de trabajadores obreros, es inexistente.

En el caso de Arequipa, se ha obtenido información del Gobierno Regional, así como de la Municipalidad Provincial, solicitando ello al amparo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley Nro. 27806, lo que ha permitido contar con datos más precisos, especialmente en cuanto al número de trabajadores de construcción civil en la ejecución de obras por administración directa, de tales entidades.

El objetivo de esta parte de la investigación, es el graficar, ilustrar sobre la trascendencia de la misma y en tal sentido no es objetivo de la investigación sustantiva misma, teniendo en cuenta el número de trabajadores que se ven involucrados, y con ello por cierto su impacto en los trabajadores que laboran dentro del régimen de construcción civil, así como de la dimensión de la eventual afectación a derechos fundamentales considerando que el problema planteado se presentaría a nivel nacional. Además, también conoceremos el número y valor de las obras que se ejecutan por administración directa, solo en las entidades aludidas, lo que colateralmente nos

permitirá analizar tal información desde la perspectiva de su impacto en la observancia del principio de legalidad en la actuación administrativa.



Cuadro Nro. 1
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE AREQUIPA
Obras por Administración Directa
Número de Trabajadores
Periodo 2011- 2012

OBRAS	NRO. TRABAJADORES	NRO. OBRA
AMPLIACIÓN	68	1
MANTENIMIENTO	47	1
MEJORAMIENTO	3278	31
Total general	3393	33

Grafico Nro. 1



FUENTE: Oficio 1258-2012-MPA/SG de 21 de setiembre del 2012, remitido por el Secretario General de la Municipalidad Provincial de Arequipa.

ELABORACIÓN: Propia

INTERPRETACIÓN: Podemos apreciar en el gráfico que, la Municipalidad Provincial de Arequipa para el periodo 2011-2012, para la ejecución de 33 obras de construcción por administración directa, contrató 3393 trabajadores, según la información proporcionada.

Cuadro Nro. 2
GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA
Obras por Administración Directa
Número de Trabajadores de construcción civil
Periodo 2011- 2012

TIPO DE OBRA	NRO. OBRA	NRO. TRABAJADORES	VALOR OBRAS
VARIOS	100	8307	S/. 415,632,364.96
Total general	100	8307	S/. 415,632,364.96

Gráfico Nro. 2



FUENTE: Informe 189-2012 GRA/ORH/PCC del 19 de diciembre de 2012, emitido por el Encargado de Planillas de Construcción Civil de la Oficina de Recursos Humanos del Gobierno Regional de Arequipa; **Oficio 692-2012- GRA/GRI** de 20 de noviembre de 2012 remitida por el Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Arequipa.

ELABORACIÓN: Propia

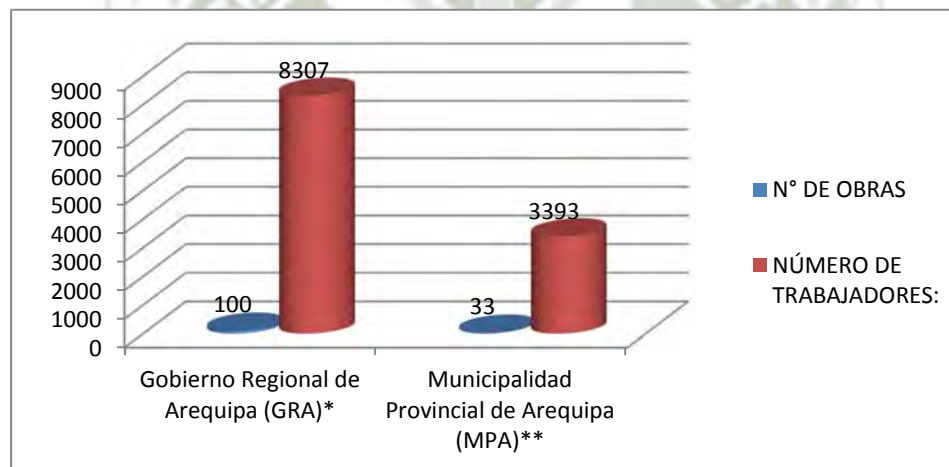
INTERPRETACIÓN: Podemos apreciar en el gráfico, que el Gobierno Regional de Arequipa en el periodo 2011-2012, ejecutó 100 obras por administración directa cuyo valor ascendió a S/. 415 632 264.96, contratando a 8307 obreros de construcción civil.

Cuadro Nro. 3

**Gobierno Regional de Arequipa y Municipalidad Provincial de Arequipa
Obras por Administración Directa
Periodo 2011- 2012**

ENTIDAD PÚBLICA:	N° DE OBRAS	VALOR DE LAS OBRAS:	NÚMERO DE TRABAJADORES:
Gobierno Regional de Arequipa (GRA)*	100	S/. 415,632,364.96	8307
Municipalidad Provincial de Arequipa (MPA)**	33	9,215,939	3393
Total general	133	-	11700

Gráfico Nro. 3



FUENTE: Informe 189-2012 GRA/ORH/PCC de 19-12-2012

Oficio 692-2012-GRA/GRI de 20-11-2012

Oficio 1258-2012-MPA/SG de 21-09-2012

ELABORACIÓN: Propia

INTERPRETACIÓN: Los cuadros nos muestran, que para el periodo 2011-2012 entre el Gobierno Regional de Arequipa y la Municipalidad Provincial de Arequipa, en la ejecución de 133 obras de construcción por administración directa, se contrataron 11 700 trabajadores, y se ha invertido un monto de S/. 353 700 828.

Cuadro Nro. 04
OBRAS DE CONSTRUCCIÓN CIVIL EJECUTADAS POR
ADMINISTRACIÓN DIRECTA POR ALGUNOS GOBIERNOS REGIONALES
PERÍODO 2010 -2012

Gobierno Regional	N° de Obras	Monto Total S/.	N° de Obreros
LAMBAYEQUE	1	3370091.00	
	2	2206472.00	
	3	17770651.00	
	4	4015485.00	
	5	3370091.00	
	6	9998078.00	
	7	644250.00	
	8	28080.00	
	9	18500.00	
	10	571862.00	
	11	38400.00	
JUNIN	1	5664430.00	
	2	7251539.00	
	3	907805.00	
	4	4914571.00	
	5	239799.00	
	6	2672892.00	
	7	689393.00	
	8	64684412.00	
	9	9964620.00	
	10	762921.00	
APURIMAC	1	242800.00	

	2	16318.00	
	3	27951.00	
	4	15680.00	
CAJAMARCA	1	777023.00	
MOQUEGUA	1	4542469.00	
	2	2279908.00	
	3	14192330.00	
	4	2053190.00	
	5	5691833.00	
	6	8715178.00	
	7	4852583.00	
PASCO	1	158743.00	
TACNA	1	14772950.00	
	2	9689794.00	
	3	5414625.00	
	4	7332157.00	
	5	4556424.00	
	6	1598993.00	
	7	1921267.00	
	8	1629552.00	
	9	2355772.00	
	10	3301461.00	
	11	12529855.00	
	12	1810103.00	
	13	1759258.00	
	14	3498523.00	
	15	2072766.00	
	16	3486491.00	
	17	106314328.00	
	18	434829.00	

PUNO	1	688341.00	
AYACUCHO	1	5515317.00	
	2	892509.00	
	3	1343138.00	
	4	9848911.00	
	5	1199505.00	
	6	706308.00	
	7	3068517.00	
	8	1449389.00	
	9	9997 90969	
	10	7217 244.17	
	11	3292 976. 00	
TOTAL	64	392,541,431.00	No aparece información

FUENTE: <https://apps.contraloria.gob.pe/ciudadano/>

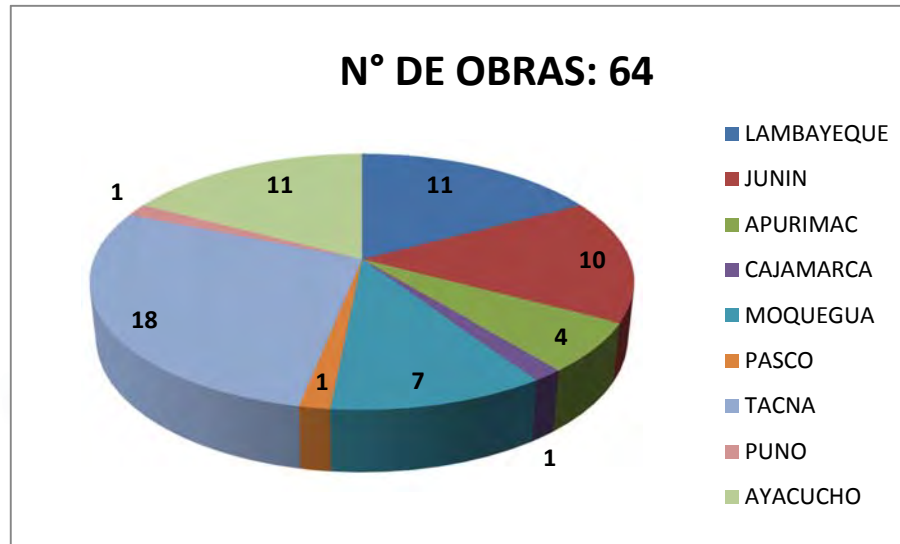
INFObras.pe CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA: 10-10-2012

ELABORACIÓN: Personal

Gráfico Nro. 4

GOBIERNOS REGIONALES

Obras de construcción por administración directa 2010-2012



FUENTE: <https://apps.contraloria.gob.pe/ciudadano/>

INFObras.pe CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA: 10-10-2012

ELABORACIÓN: Personal

INTERPRETACIÓN: En los diez Gobiernos Regionales aludidos, y por el periodo del 2010 al 2012, se advierte que se han ejecutado por administracion directa, 64 obras de construcción, con una inversion de S/. 392, 541,431.00. No se cuenta con información referida al número de trabajadores de construcción civil, que se hubieran contratado para la ejecución de las indicadas obras; sin embargo, el monto de dinero invertido permite inferir que el número fue también significativo.

Cuadro Nro. 05

**OBRAS DE CONSTRUCCIÓN EJECUTADAS POR ADMINISTRACIÓN
DIRECTA POR ALGUNAS MUNICIPALIDADES PROVINCIALES**

Municipalidad Provincial	N° de Obras	Monto Total S/.	Nro. de obreros
-----------------------------	----------------	--------------------	-----------------



PERÍODO 2010 – 2012

AYACUCHO	1	24170.00	
	2	13975.00	
	3	21450.00	
CAJAMARCA	1	37801.00	
CUSCO	1	2180078.00	
	2	1912555.00	
	3	214309.00	
	4	501006.00	
	5	174418.00	
	6	408384.00	
	7	173405.00	
	8	3585868.00	
	9	145711.00	
	10	1014905.00	
	11	243154.00	
	12	64846.00	
	13	575847.00	
	14	65429.00	
	15	202442.00	
	16	577701.00	
	17	294155.00	
	18	39761.00	
	19	132321.00	
	20	859281.00	
	21	403033.00	
	22	253575.00	
	23	121051.00	
PUNO	1	2831077.00	
	2	3326808.00	
	3	954416.00	
	4	3080413.00	
	5	3326808.00	

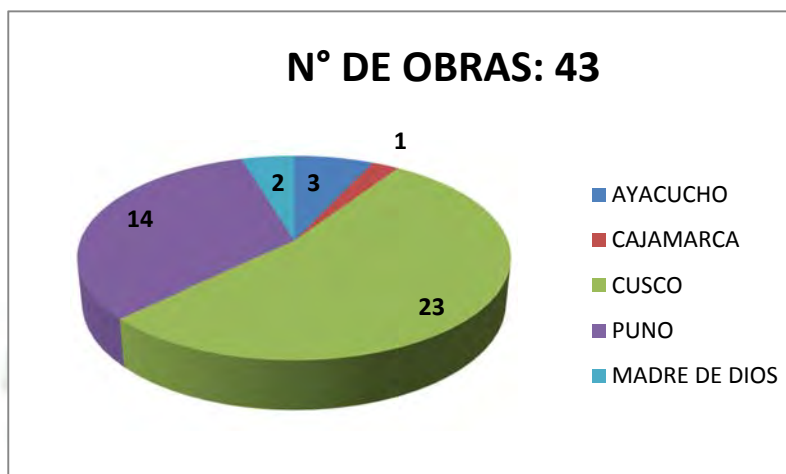
	6	3326808.00	
	7	2872664.00	
	8	2565446.00	
	9	151783.00	
	10	142489.00	
	11	156170.00	
	12	156884.00	
	13	1327276.00	
	14	1265956.00	
MADRE DE DIOS	1	450488.00	
	2	25600.00	
TOTAL	43	40201717.00	Sin información

FUENTE: <https://apps.contraloria.gob.pe/ciudadan>
 INFOBRAS.pe CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA: 10-10-2012
 ELABORACIÓN: Personal

Gráfico Nro. 05

MUNICIPALIDADES PROVINCIALES

Ejecución de obras de construcción por administración directa 2010-2012



FUENTE: <https://apps.contraloria.gob.pe/ciudadan>

INFOBRAS.pe CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA: 10-10-2012

ELABORACIÓN: Personal

INTERPRETACIÓN: De las 5 Municipalidades Provinciales referidas en el periodo 2010 – 2012, se desprende que ejecutaron 43 obras de construcción por administración directa, con una inversión de S/. 40, 201,717.00. No aparece de la página de transparencia de la Contraloría General de la República, información respecto del número de trabajadores de construcción que habrían laborado en la ejecución de las indicadas obras, sin embargo, el número y monto de dinero permite inferir, que también deben haber contratado un número significativo de obreros de construcción civil, precisamente por tratarse de obras de construcción.

Cuadro Nro. 06

**ALGUNOS GOBIERNOS REGIONALES Y MUNICIPALIDADES
PROVINCIALES**

**EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN
DIRECTA PERÍODO 2010 – 2012**

		N° DE OBRAS	MONTO TOTAL
REGIONES	LAMBAYEQUE	64	S/. 392,541,431.00
	JUNIN		
	APURIMAC		
	CAJAMARCA		
	MOQUEGUA		
	PASCO		
	TACNA		
	PUNO		
	AYACUCHO		
MUNICIPALIDADES	AYACUCHO	43	S/. 40,201,717.00
	CAJAMARCA		
	CUSCO		
	PUNO		
	MADRE DE DIOS		
TOTAL		107	S/. 432,743,148.00

FUENTE: <https://apps.contraloria.gob.pe/ciudadano/>
INFOBRAS.pe CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA: 10-10-2012

ELABORACIÓN: Personal

INTERPRETACIÓN: Del Cuadro Nro. 4, se advierte que el número de obras de construcción que se han ejecutado por administración directa por los Gobiernos Regionales referidos, alcanza a 64 obras en un período que va del 2010 al 2012, con una inversión ascendente a S/. 392, 541,431.00. En el Cuadro Nro. 5, se advierte que solo en

cinco Municipalidades Provinciales, en un período que va del 2010 al 2012, se ha ejecutado 43 obras por administración directa, con un monto de S/.40, 201,717.La suma en ambos grupos asciende a S/. 432, 743,148 en 107 obras de construcción.

7. ANÁLISIS CONCLUSIVO

De la investigación de campo realizada y que se grafica en los cuadros que anteceden, nos permite extraer algunas conclusiones, así tenemos:

a) La ejecución de obras de construcción por administración directa por los Gobiernos Regionales (9) y Municipalidades Provinciales (5) referidos, es una modalidad de ejecución de obras importante en razón del monto de dinero utilizado (S/. 432, 743,148); así mismo, es utilizada la forma de administración directa de manera recurrente, lo que se desprende del número significativo de obras que alcanza a 107 en el período del 2010 al 2012. Por su parte solo el Gobierno Regional de Arequipa y la Municipalidad Provincial de Arequipa, el valor de sus 133 obras alcanza a S/. 353 700 828, todo lo que denota en definitiva que no es residual esta modalidad directa de ejecución de obras y además, que el tema materia de investigación se presenta en diversas ciudades del país.

b) El número de trabajadores para la ejecución de obras de construcción por administración directa, en el caso del Gobierno Regional de Arequipa y la Municipalidad Provincial de Arequipa, es importante al haber alcanzado los 11,700 solo en el período 2011-2012.

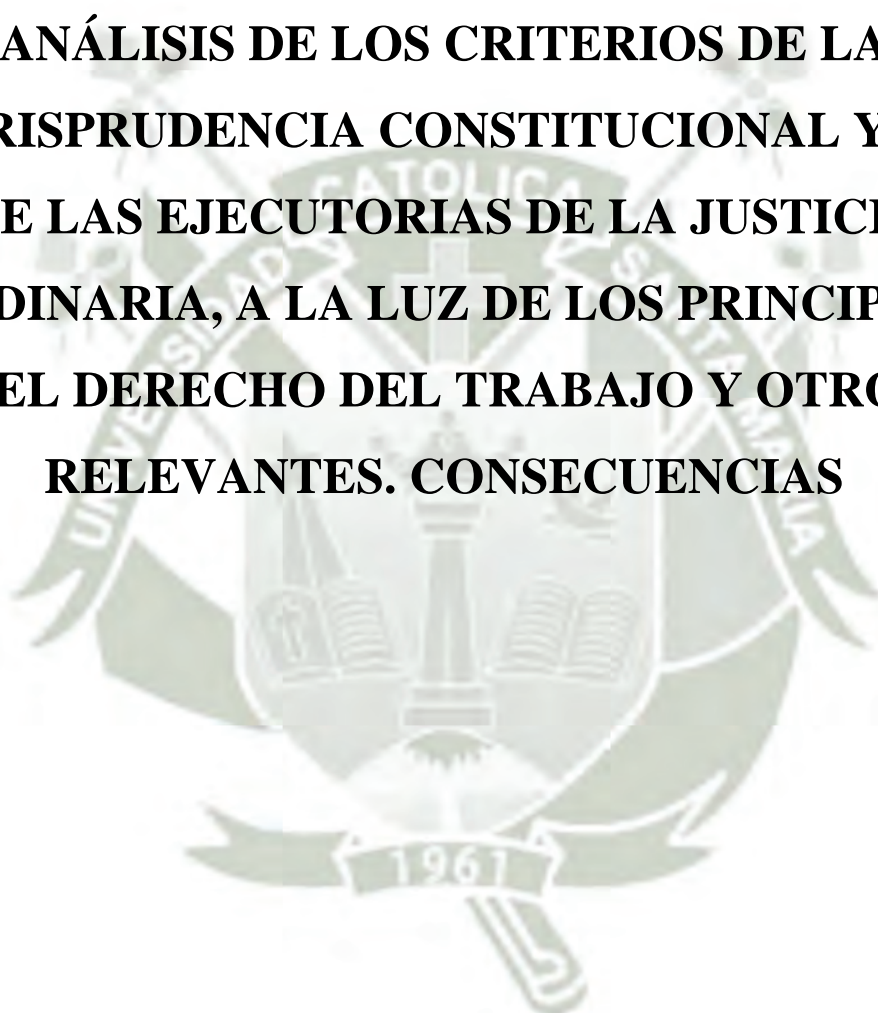
c) Si bien no es el objeto de estudio de la presente investigación, conocer exactamente el número de trabajadores en obras de construcción ejecutadas por administración directa, tanto a nivel local como nacional; sin embargo, los datos referidos nos permiten deducir válidamente, que el número de trabajadores contratados en la ejecución de obras de construcción por ejecución directa, es realmente significativo y ello para el caso nos sirve para graficar otra razón importante de la necesidad de analizar el problema planteado, ya que es evidente la gran repercusión socio laboral que el tema tiene. El análisis jurídico que sí es objeto de estudio, con los datos señalados, justifican aún más abordar el problema planteado.

d) También es importante la información aludida, en atención que la ejecución de obras de construcción por administración directa, es un modo de operar de los Gobiernos Regionales y Municipalidades en el Perú por lo menos en los Gobiernos Regionales y Municipalidades consignadas y en tal sentido, también resulta imperioso resolver el conflicto jurídico que es materia de la presente investigación, ya que tiene que ver con el principio de legalidad de las actuaciones de la administración pública, así como con su apego al ordenamiento jurídico general que rige en nuestro país.



TITULO III

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y EL DE LAS EJECUTORIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y OTROS RELEVANTES. CONSECUENCIAS



CAPÍTULO ÚNICO

ANÁLISIS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS CRITERIOS ASUMIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA JUDICATURA ORDINARIA

Del análisis jurídico ya realizado en el Capítulo IV del Título II de la presente investigación, en relación a la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional, de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, de resoluciones de diversas Salas Superiores y Jueces especializados, se concluye que se ha asumido diversos criterios en relación a si las entidades públicas pueden o no contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil, en el caso de la ejecución de obras de construcción por administración directa.

A continuación analizaremos los criterios en sí mismos, que se desprenden de las sentencias que han sido analizadas como ya se ha indicado, a efecto de establecer su viabilidad jurídica, a la luz de los preceptos constitucionales, de los principios pertinentes aplicables al caso; a la luz de las normas internacionales que el Perú ha suscrito; finalmente, se establecerá cuáles son las consecuencias de cada uno de los criterios.

En efecto, los criterios asumidos por la judicatura constitucional y ordinaria, en el caso de las obras de construcción ejecutadas por administración directa, por las entidades públicas, son los siguientes, en principio, la inaplicación del régimen de construcción civil por los Gobiernos Locales, regionales y otras entidades públicas; en segundo lugar, la aplicación del régimen de construcción civil conforme al Decreto Legislativo Nro. 727, lo que incluye tomar en consideración el valor de las obras; finalmente, la aplicación del régimen de construcción civil por los Gobiernos Locales y otras entidades del Estado, con prescindencia de su valor, en aplicación del Decreto Supremo Nro. 07-77-TR y un conjunto de normas internas e internacionales, así como principios aplicables al presente caso.

1. ALGUNAS NOCIONES GENERALES

1.1. El valor justicia

“La razón de existencia del Poder Judicial, es brindar el servicio de justicia a la colectividad en general, encargo que formalmente emana de la Constitución Política del Estado, por lo que es pertinente previamente, hacer un brevísimo acercamiento de lo que en verdad significa tal encargo y que ciertamente es el peso que todos los jueces llevamos sobre los hombros.

Como se sabe, la **justicia** es la concepción que cada época y civilización tienen acerca del bien común, pero que tienen el mismo contenido, el mismo mandato en distintas culturas. Es un valor determinado por la sociedad. Nació de la necesidad de mantener la armonía entre sus integrantes. Es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas.

La justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. **La justicia es ética, equidad y honestidad.** Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo. Es aquel sentimiento de rectitud que gobierna la conducta y hace acatar debidamente todos los derechos de los demás.

Como señala Hans Kelsen, *“la justicia es para mí aquello cuya protección puede florecer la ciencia, y junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”*.

Todas las virtudes están comprendidas en la justicia y en todo caso, no significan mucho las otras virtudes cardinales como la prudencia, la fortaleza y la templanza, sin la presencia de la justicia. En definitiva, la verdadera justicia es el arte de dar lo justo o hacer dar lo justo a un individuo, basándose en los principios del arte del derecho, sin hacer ningún tipo de discriminación o preferencia hacia ninguna persona. Una concepción distinta sería una justicia falsa, y no sería *“dar a cada uno lo suyo”*, sino *“dar a él lo que le toque”*, según el criterio errado que se tenga.”¹¹⁷

¹¹⁷ RUBIO ZEVALLOS, Isaac. Discurso de apertura del Año Judicial 2009, Corte Superior de Justicia de Arequipa.

En relación a la justicia como valor jurídico, Torres Vásquez¹¹⁸ nos dice, *“es la cualidad por la cual un acto humano es justo, aun cuando no sea acompañado de ánimo de justicia, con tal que sea conforme al Derecho. La justicia es simplemente el ajuste de las relaciones sociales con el ordenamiento jurídico a fin de hacer posible que la vida colectiva se lleve a cabo con la menor fricción posible, o sea, en paz.”*

Tanto la justicia en su aspecto ideal como en su valor jurídico, son vitales para la convivencia en paz, para la existencia de un estado constitucional de derecho, donde especialmente los derechos fundamentales del ser humano, se respeten; donde el Estado dicte normas dirigidas a caminar en dirección a alcanzar mayores y mejores niveles de justicia, de igualdad entre los iguales.

1.2. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

El Tribunal Constitucional¹¹⁹ ha precisado cuál es el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la siguiente forma: *“Es deber del Estado y de la sociedad, en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio provenientes de riesgos eventuales. Ello se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.*

De una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión, el cuál adquiere relevancia porque asegura a las personas llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad.

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

- *el derecho de acceso a una pensión;*
- *el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,*
- *el derecho a una pensión mínima vital.*

¹¹⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. IDEMSA, Tercera Edición, Lima 2008, p. 628.

¹¹⁹ www.tc.gob.pe STC NRO. 00050-2004-AI/TC, F.J. 107

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.”

1.3. El test de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional en consonancia con la doctrina constitucional, ha ido precisando criterios en relación a la aplicación del test de proporcionalidad; esto es, las reglas que permiten encontrar la mejor solución a aquellos conflictos en que se contraponen derechos constitucionales; se trata de casos en el que ambas posiciones tienen fundamento constitucional y en consecuencia, la solución pasa por optar por una de ellas, utilizando para tal efecto el referido Test de Proporcionalidad.

En efecto, el Supremo Intérprete de la Constitución,¹²⁰ precisa:

“El test de razonabilidad y el derecho fundamental a la pensión

Determinada la intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, es necesario ahora aplicar un test de razonabilidad al establecimiento de los contenidos no esenciales y adicionales a fin de que estos sean declarados constitucionales o no. Es decir, este Tribunal debe determinar si la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión es constitucional, o si, por el contrario, dicha intervención supone un vaciamiento del contenido, ya determinado, de dicho derecho y es, por ende, inconstitucional.

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran.

¹²⁰www.tc.gob.pe STC Nro 00050-2004-AI/TC FJ 109

De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.”

De lo precisado por el Tribunal Constitucional y que también reconoce la doctrina, se tiene entonces que el Test de Razonabilidad es aplicable para aquellos supuestos en que entran en conflicto irreconciliable, derechos que están reconocidos en la Constitución Política y en tal supuesto, debe determinarse cuál es el que debe prevalecer sobre el otro, a través precisamente de analizar el indicado conflicto, a la luz del Test de Razonabilidad.

El Test referido estando a lo que la doctrina ha ido desarrollando y que también el Tribunal Constitucional recoge en la sentencia aludida líneas arriba, se establece que tiene tres pasos a seguirse en el orden y precisiones siguientes: primero, se efectúa un análisis de **idoneidad**, esto es, de analizar desde la perspectiva de una relación de medio - fin, a efecto de establecer si el medio utilizado es idóneo para alcanzar el fin, de manera que si el medio no fuera el idóneo para el cometido, no pasará este primer nivel de análisis; en segundo lugar, el análisis está referido a la **necesidad**, esto es, a una relación medio – medio, a efecto de establecer si existen otros medios menos gravosos que el utilizado, por tanto, en el caso de existir otro medio menos gravoso, entonces no pasará este nivel de análisis; finalmente, el análisis está referido a la **proporcionalidad en estricto**, esto es, se analiza el grado de realización del objeto de un derecho fundamental versus el grado de afectación del otro derecho.

2. DE LA INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONSTRUCCIÓN CIVIL POR LOS GOBIERNOS LOCALES, REGIONALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS, AMPARADO EN QUE AQUELLAS NO ESTÁN COMPRENDIDAS EN EL DECRETO LEGISLATIVO NRO. 727, LEY DE FOMENTO A LA INVERSIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN

2.1. Análisis crítico

Uno de los criterios es que las Municipalidades no pueden contratar trabajadores obreros sujetos al Régimen Laboral de Construcción Civil, en la ejecución de obras de construcción, posición que tiene como sus principales exponentes al Tribunal Constitucional y a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme aparece de las reiteradas sentencias emitidas en tal sentido y que han sido analizadas en el Capítulo IV del Título II de la presente investigación; así mismo, siguiendo aquel criterio, se encuentran Jueces de diversos Distritos Judiciales.

El sustento jurídico fundamental del criterio señalado, conforme a lo analizado en la parte pertinente de la presente investigación, está en considerar que el Decreto Legislativo Nro. 727 solo incluye a las personas naturales o jurídicas privadas dedicadas a la actividad de la construcción y que por tanto, las Municipalidades y otras entidades públicas, no pueden contratar trabajadores obreros, dentro del régimen de construcción civil en el caso de ejecutarse obras de construcción en forma directa por tales entidades.

En el análisis efectuado en el Capítulo III del Título II, referido al Decreto Legislativo Nro. 727, se establece que la norma aludida tiene como objetivo el fomento de la inversión privada en la actividad de la construcción, a fin de dinamizar a su vez la economía del país, por lo que se estima correcto concluir, que las entidades públicas no se encuentran incluidas en la regulación que hace la norma señalada. Sin embargo, conforme lo analizado en aquel Capítulo, se considera un error en la deducción lógica, establecer que el no estar comprendidos en tal norma, supone que las entidades públicas no pueden contratar trabajadores obreros dentro del régimen de construcción civil, en la ejecución de obras de construcción por administración directa.

Se ha señalado también en el análisis efectuado en la presente investigación, que los que sostienen el criterio que se está analizando, han omitido a su vez analizar el Decreto

Supremo Nro. 07-77-TR que establece que el Estado cuando contrate trabajadores eventuales en la ejecución de obras de construcción por administración directa, debe pagar la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones conforme al régimen de construcción civil. También se ha establecido en la presente investigación, que el Decreto Legislativo Nro. 727, no regula integralmente el régimen laboral de construcción civil, no deroga expresa ni tácitamente al Decreto Supremo antes referido, ya que sólo busca fomentar la inversión privada y para ello, principalmente establece que en las obras individuales cuyo costo total no supere las 50 UIT, puedan celebrarse contrato laboral pagando los beneficios sociales regulados dentro del régimen laboral común de la actividad privada. En definitiva, no sustituye al régimen de construcción civil con todo su conjunto de normas y convenios vigentes, con lo establecido en el indicado Decreto Legislativo, más aún si la obra eventualmente supera el costo total de las 50 UIT.

Se ha establecido en la presente investigación, que en las sentencias que asumen el criterio de la referencia, además, han omitido analizar el conjunto de normas que caracterizan al régimen de construcción civil, por ser una actividad temporal, de riesgo, con variación en la ubicación territorial; han omitido analizar las normas que reconocen derechos y beneficios sociales de los trabajadores de construcción civil, que se han construido precisamente por la naturaleza de su actividad; también omiten analizar el tema fundamental de la seguridad social, particularmente la modalidad de jubilación especial de los trabajadores de construcción civil, tanto dentro del Sistema Nacional de Pensiones, como dentro del Sistema Privado de Pensiones, lo que les permite una edad de jubilación inferior a la que rige para los trabajadores que no se encuentran en alguna modalidad especial.

Se omite analizar la Constitución Política del Estado y los Tratados y Convenios Internacionales que resultan aplicables al caso y que han sido analizados en el Capítulo II del Título II de la presente investigación, particularmente los siguientes:

- El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley, que incluye la igualdad de trato y la prohibición de ser discriminado.

- El artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra el principio de igualdad y que protege contra toda discriminación.

- El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra el principio de igualdad ante la ley, así como el derecho a no ser discriminado.

-El artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el principio de igualdad ante la ley.

- El numeral 1 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto es un derecho humano de toda persona, a que en el trabajo tenga condiciones equitativas y satisfactorias, como base del principio de igualdad y que forma parte del jus cogens, esto es, de los derechos fundamentales de toda persona. Así mismo, el numeral 2, establece que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. El numeral 4, establece el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses.

- El literal a) del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, que establece condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, siendo una de ellas, el percibir un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción. En su literal e), también se incluye en tales condiciones, la seguridad e higiene en el trabajo. En el artículo 8, se consagra el derecho de sindicación, en todo su contenido esencial, esto es, el derecho de constituir organizaciones sindicales, así como el derecho de afiliarse a las mismas. En el literal l) del artículo 9 establece el derecho a la seguridad social, que incluye una protección contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad. Estos derechos son fundamentales de toda persona.

- El ítem i) del literal a) del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referido al derecho de toda persona al goce de un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, lo que supone no solo para el caso del mismo cargo o misma labor, sino que se amplía a trabajo de igual valor, esto es, a trabajos que aún que no sean iguales, tengan objetivamente, una equivalencia en la naturaleza misma de las labores, en el contenido de sus tareas. En el literal b), consagra el derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo. En el numeral 1) de su artículo 8, se consagra el derecho de sindicación, el derecho de huelga. En el artículo 9, es relevante referir, que se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, esto es, a la seguridad social en salud y a la seguridad social en materia previsional.

- El Convenio Nro. 62 OIT, sobre las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación, el mismo que fue adoptado considerando los graves riesgos de accidentes que presenta tal actividad, por lo que se aprueba diversas proposiciones, referidos a la seguridad para los trabajadores en lo concerniente a los andamiajes y aparatos elevadores, entre otros aspectos sobre el tema.

- El Convenio Nro. 87 OIT sobre la libertad sindical, el que constituye un derecho fundamental como ya se ha expresado en la parte pertinente, particularmente resultan afectados los artículos 3 y el 8, por cuanto en principio el legislador no ha dado una solución normativa al caso planteado y que es objeto de la presente investigación; en segundo lugar, por cuanto el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales que han asumido el criterio bajo comentario, terminan también por afectar al principio y derecho fundamental de la libertad sindical, específicamente al limitar la posibilidad de que trabajadores que materialmente son de construcción civil, no puedan ejercer todos sus derechos sindicales dentro de tal régimen, siendo que serían contratados como trabajadores dentro del régimen común de la actividad privada.

Así, al ser considerado como trabajador dentro del régimen laboral común, formalmente no será un trabajador de construcción civil y con ello también afecta a la organización sindical de construcción civil, por cuanto potencialmente serán menos los integrantes de dicha organización sindical, ya que si no van a gozar de los beneficios de ser parte de la misma, el trabajador sujeto al régimen común, no tendría ningún interés en afiliarse a la organización sindical de tal régimen especial.

- El Convenio Nro. 98 OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, los que constituyen derechos fundamentales ya que en definitiva son la base de la libertad sindical. Este Convenio ciertamente va precedido del Convenio Nro. 87 OIT, que igualmente consagra la libertad sindical.

Existen muy pocas publicaciones que analizan el criterio referido; sin embargo, a continuación precisaré dos, que aluden al tema:

Alva López¹²¹ al analizar la sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 01188-2012-AA/TC, concluye: *“Pero del análisis de las normas inherentes al tema mencionadas*

¹²¹ALVA LOPEZ, Noelia. “Empresas facultadas a contratar personal bajo el régimen de construcción civil”. En Soluciones Laborales, año 7, número 76, abril 2014, Gaceta Jurídica, pp. 111-115.

líneas arriba, a los obreros municipales que trabajan en la ejecución de obras de construcción civil, les corresponden los derechos y beneficios del sub régimen laboral de construcción civil que, como tal, forma parte del régimen laboral de la actividad privada". En principio se debe indicar, que se señala su opinión contraria al criterio del Tribunal Constitucional, esto es, en el sentido que las Municipalidades sí pueden contratar obreros dentro de régimen de construcción civil, a diferencia del criterio del Tribunal, que señala lo contrario, sustentada entre otros aspectos, que siendo que los obreros municipales se encuentran dentro del régimen laboral de la actividad privada, entonces les corresponde tal sub régimen laboral de construcción civil; en segundo lugar, de la lectura del artículo señalado, no se explicita si se aplicaría en concreto el Decreto Legislativo Nro. 727 y el valor de la obra como elemento de referencia para contratar dentro del régimen de construcción civil; tampoco se analiza normas especiales como el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, en todo caso, está clara su posición contraria al criterio del Tribunal Constitucional.

Por su parte Murillo Flores¹²², concluye y afirma: *“Que un obrero de construcción civil se encuentra comprendido en el régimen laboral de construcción civil que es uno de los sub regímenes comprendidos en el denominado régimen laboral de la actividad privada, lo que es invariable más allá de qué empleador sea una entidad privada o pública (léase Municipalidad), pues la contratación de un obrero de construcción civil, sea quien sea el empleador, está marcada por la existencia real y objetiva de la fuente de trabajo: una obra de construcción civil”*. También está clara la posición contraria a la que sostiene el Tribunal Constitucional, aunque queda en el tintero las inquietudes señaladas al hacer referencia al artículo de Alva López; sin embargo, es de resaltarse la precisión en el sentido que lo determinante viene a ser la existencia de una obra de construcción civil, más allá de quien sea el empleador, lo que sin duda es importante ya que precisamente es por las características del régimen de construcción civil, que justifica su tratamiento diferenciado.

En resumen, se afecta al Convenio Nro. 98 OIT, por cuanto al excluir un sector de trabajadores que materialmente son de construcción civil, se debilita a la organización sindical de construcción civil; en cuanto al trabajador, se le limita el derecho de gozar

¹²² MURILLO FLORES, Fernando. “Los obreros de construcción civil en las Municipalidades”. En Soluciones Laborales, año 6, número 67, julio 2013, Gaceta Jurídica, pp. 88-97.

de los beneficios y condiciones de trabajo de los que gozan por negociación colectiva trabajadores del régimen de construcción civil.

2.2. Consecuencias jurídicas del criterio

2.2.1. En el sistema jurídico, en el derecho a la motivación de las decisiones judiciales

Nuestro sistema jurídico lo conforman el conjunto de fuentes de derecho, que se encuentran vigentes y por tanto resultan aplicables. Nuestra Carta Magna en el artículo 139 inciso 5, establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la motivación de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable; entonces cuando una norma vigente no es aplicada al caso específico que regula, se afecta el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, pero también, se afecta al sistema jurídico mismo, más aún, cuando se omite analizar la norma para en todo caso establecer que habría sido derogada expresa o tácitamente y que por tal situación no resulta aplicable.

Concordando la investigación, se estima que los obreros que prestan servicios para las entidades públicas, se encuentran dentro del régimen de la actividad privada; por el principio de especialidad, a los obreros que realizan actividades de construcción, les corresponde aplicar el régimen especial de construcción civil. Por tanto, el no aplicar normas vigentes como las del régimen de construcción civil a los obreros de construcción que prestan servicios para las entidades públicas, o, el no aplicar normas vigentes como el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR que reconoce expresamente determinados beneficios a los obreros eventuales que realizan actividades de construcción en obras ejecutadas por las entidades públicas; afecta al derecho a la motivación de las decisiones judiciales, afecta al sistema jurídico mismo, con mayor razón, si quien lo materializa es un órgano jurisdiccional de la mayor jerarquía dentro del Poder Judicial; y más grave aún, si lo es el Tribunal Constitucional, el máximo intérprete de la Constitución y en tal sentido, una de las primeras entidades a velar por el respeto del sistema jurídico.

2.2.2. En el principio de igualdad

El principio aludido es pertinente señalar que se trata de un derecho fundamental de la persona y en este caso, del trabajador, por lo tanto, merece la mayor atención y respeto,

toda vez que forma parte de lo que se conoce como jus cogens y en tal sentido resultan imperativas su cumplimiento.

De lo analizado en relación al principio de igualdad y particularmente estando a lo establecido en el ítem i) del literal a) del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referido al derecho de toda persona al goce de un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, se tiene entonces que el principio de igualdad alcanza también al salario, a efecto de gozar de uno equitativo e igual por trabajo de igual valor, lo que supone como ya se ha dicho, no solo para el caso del mismo cargo o misma labor, sino que se amplía a trabajo de igual valor, esto es, a trabajos que aún que no sean iguales, tengan objetivamente, una equivalencia en la naturaleza misma de las labores, en el contenido de sus tareas.

En el caso materia de la presente investigación, se tiene que un obrero de construcción civil, sea quien sea el empleador, persona natural, jurídica, privado, público, con o sin fines de lucro, las labores de aquel (obrero), es exactamente la misma, por cuanto está sometido a la misma temporalidad que depende de la duración de la obra de construcción; está sujeto a los mismos riesgos propios de la actividad de la construcción; está sujeto a la variación del espacio territorial de prestación del servicio, en atención a la ubicación física de la obra. El mayor desgaste físico en la persona del obrero, producto de la naturaleza de la actividad, en modo alguno tiene que ver con el hecho de que el empleador sea un privado o lo sea una entidad pública, sino como se ha dicho, en la naturaleza misma de la actividad.

Es absolutamente pertinente precisar aquí, que en el presupuesto para la ejecución de una obra de construcción, se debe considerar el valor de la mano de obra respectiva, que publica periódicamente la Cámara Peruana de la Construcción –CAPECO-, lo que supone que en el indicado valor, está comprendido todos los derechos y beneficios económicos y de toda índole que corresponde al obrero de construcción civil sujeto al régimen especial respectivo. Siendo así, el hecho que luego la obra sea ejecutada por una empresa privada (siguiendo el proceso de adjudicación cumpliendo la Ley de Contrataciones con el Estado), o sea ejecutada por la entidad pública en forma directa, lo cierto es que en el proyecto aprobado está incluido el costo de la mano de obra dentro de los parámetros precisados; y, por tanto, no hay justificación alguna, no hay alguna circunstancia objetiva que justifique un trato diferenciado, ya que en la obra de

construcción ejecutada por una empresa privada por encargo de una entidad pública a través de la Ley de Contrataciones con el Estado, el obrero de construcción gozará los derechos y beneficios dentro del régimen de construcción civil, mientras que con el criterio materia de análisis, no estaría dentro del indicado régimen, solo por el hecho que la entidad pública decidió ejecutar la obra de construcción por administración directa.

Es claro que en el criterio bajo comentario, en estricto no corresponde hacer un análisis a la luz del Test de Razonabilidad, en atención a que no hay dos derechos, dos bienes jurídicos en conflicto, según lo que se ha expuesto en la presente investigación, en atención a que la interpretación que se hace del Decreto Legislativo Nro. 727 es errado a consideración del investigador, ya que el estar excluido de dicha norma, no significa que las entidades públicas no puedan contratar obreros de construcción dentro del régimen de construcción civil, siendo que por el contrario, sí existen otras normas internas e internacionales que viabilizan la contratación en el referido régimen especial; sin embargo, aún en el negado caso de que en efecto las entidades públicas no puedan contratar obreros dentro del régimen laboral señalado, por haberlo establecido así alguna norma (que materialmente no existe), entonces tendríamos en conflicto el principio de legalidad y el principio de igualdad de trato y de salario que recoge el ítem i) del literal a) del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referido al derecho de toda persona al goce de un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor. En tal supuesto tendríamos a la luz del test de razonabilidad:

-Idoneidad.- Que es la relación medio – fin como ya se ha explicitado oportunamente. En este caso, se trataría de un medio adecuado para garantizar el principio de legalidad?, la respuesta es sí, ya que si existiría una norma legal que prevea que en efecto las entidades públicas no pueden contratar obreros de construcción dentro del régimen de construcción civil, entonces en efecto se estaría resguardando el principio de legalidad.

- Necesidad.- Que es la relación medio – medio. ¿La inaplicación del régimen de construcción civil a los obreros de construcción que laboran para una entidad pública, es un medio menos gravoso que alguno otro?; ciertamente no superaría este segundo nivel de análisis, por cuanto sin duda existiría otro medio legal menos gravoso, esto es, el que la obra sea ejecutada por la empresa privada a través de los mecanismos de contratación del Estado, en cuyo supuesto, el trabajador sí percibiría y gozaría de todos los derechos

y beneficios previstos para los trabajadores obreros sujetos al régimen laboral de construcción civil. En este extremo caso, lo que el Tribunal tendría que decir es que las entidades públicas no tienen capacidad para ejecutar obras de construcción por administración directa, sino que en todos los casos sean ejecutadas a través de empresas privadas, haciendo uso de la Ley de Contrataciones del Estado, en atención que afecta el derecho a la igualdad de trato y de remuneraciones.

No es necesario analizar el test en cuanto a la proporcionalidad en estricto, siendo que no superaría el nivel de la necesidad como ya se ha señalado.

El análisis antes señalado, también puede hacerlo el Juez ordinario?. Sí, en cuyo supuesto lo que estaría efectuando es el control difuso de convencionalidad¹²³, esto es, privilegiar la Norma Internacional que es un derecho humano fundamental contenido en la norma antes citada, sobre la eventual norma interna, en atención a que resultaría incompatible en este caso con el ítem i) del literal a) del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En definitiva, se estima que el criterio de la referencia, afecta injustificadamente el principio de igualdad en las remuneraciones por trabajo de igual valor, siendo que como se sabe, los jornales de los obreros de construcción son mucho más elevados en relación a los obreros comunes de la actividad privada¹²⁴; siendo que como se ha analizado en la

¹²³. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos María. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario. Christian Steiner y Patricia Uribe Editores, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Primera Edición, México 2014, pp.64 a 67. “Pronto, esta doctrina del Control de Convencionalidad permearía del ámbito internacional al ámbito nacional. El *leading case* es *Almonacid Arellano vs. Chile, resuelto el 26 de septiembre de 2006*. Esta Sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el período 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de efectos jurídicos a la luz de dicho tratado.”. El párrafo 124 de la sentencia antes aludida señala: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

¹²⁴ Según Convenio Colectivo de Construcción Civil período 2015-2016, el jornal básico diario del operario, oficial y peón es de S/. 58.60, 48.50 y 43.30 respectivamente, por tanto mucho mayor a la Remuneración Mínima Mensual de S/. 750, ya que aquellos montos al mes, son S/. 1758.00, 1455.00 y 1299.00 respectivamente.

parte pertinente de la presente investigación, existen una serie de derechos y beneficios laborales especiales que son aplicables a los trabajadores del régimen laboral de construcción civil, lo que incluye especialmente a la seguridad social en materia previsional, por tenerse una modalidad especial de jubilación, como ya se ha analizado también en su momento.

2.2.3. En el contenido esencial del derecho a la pensión

Como ya hemos señalado en las partes pertinentes de la presente investigación, el tema previsional, forma parte del derecho a la seguridad social, misma que tiene reconocimiento constitucional en los artículos 10 y 11 de nuestra Carta Magna. Sin perjuicio de ello, el asunto es de tal trascendencia, que el literal 1) del artículo 9 del Protocolo Adicional a la convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, lo que en el caso de muerte, también se aplicará las prestaciones de seguridad social a sus dependientes. Está claro que ello debe cubrir al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en caso de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional.

También se refieren a garantizar la seguridad social, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De lo señalado, podemos concluir que la seguridad social, para el presente caso, particularmente en materia previsional, es un derecho fundamental de la persona y tiene como se observa, una protección constitucional y también de las normas internacionales indicadas, que son imperativas en nuestro ordenamiento jurídico al estar ratificadas por el Estado peruano.

Siendo un derecho fundamental el derecho a la pensión, entonces el Tribunal Constitucional, como ya lo hemos analizado precedentemente en la presente investigación, ha precisado cuál es el contenido esencial de tal derecho y como lo hemos señalado en el numeral 1.2 del presente capítulo, uno de los aspectos que lo conforman es el derecho de acceso a la pensión, el libre acceso a la jubilación.

En el caso materia de la presente investigación, la pregunta a responder es, **¿la limitación al libre acceso a la jubilación dentro de la modalidad especial para los trabajadores de construcción civil, afecta al contenido esencial del derecho a la pensión?** Se tiene:

a) El caso supone, que a un trabajador que materialmente realiza labores de construcción, al impedirle que esté dentro del régimen laboral de construcción civil y tenerlo dentro del régimen laboral común, también involucra que no pueda jubilarse en tal modalidad en el sistema nacional de pensiones; y, en el caso del sistema privado de pensiones, que no se realicen los aportes complementarios para contar con mayor monto de aportaciones y así reducir la edad de jubilación.

b) Como se ha analizado en el punto 3) del Capítulo III del Título II de la presente investigación, existe una modalidad especial de jubilación de los trabajadores de construcción civil, tanto en el caso del sistema nacional de pensiones, como en el caso del sistema privado de pensiones, lo que permite modalidades de jubilación adelantada de los trabajadores de construcción civil, entendiéndose que se encuentran comprendidos aquellos que están dentro del Régimen Laboral de Construcción Civil y no aquellos trabajadores que legalmente se encuentran en un régimen laboral de la actividad privada común.

b.1. En el Sistema Nacional de Pensiones

b.1.1. Existe una modalidad limitada en el tiempo bajo la vigencia del Decreto Supremo Nro. 018-82-TR, que reduce la edad de jubilación para los trabajadores de construcción civil a 55 años de edad, con un aporte mínimo de 15 años en dicha actividad o un mínimo de 5 años en los últimos 10 años anteriores a la contingencia.

b.1.2. Posteriormente con la vigencia de la Ley Nro. 25967, se establece el mínimo de 20 años de aportaciones, debiendo de cumplirse además los requisitos antes señalados conforme al Decreto Supremo Nro. 018-82-TR. Esta modalidad es para los que no se encuentren dentro de la vigencia de la norma aludida.

b.2. En el Sistema Privado de Pensiones

Existe el derecho de jubilación anticipada para trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones, que realizan labores que implican riesgo para la vida o la salud, dentro de

los cuáles está incluida las labores de construcción civil. Existe un Régimen Extraordinario limitado para aquellos que reúnen los requisitos establecidos en las normas analizadas; en segundo lugar, existe un Régimen Genérico dirigido a aquellos trabajadores que no se encuentren dentro del Régimen Extraordinario.

En definitiva, existen modalidades especiales de jubilación para los trabajadores de construcción civil.

c) Estando a lo precisado en el sentido que existe modalidad especial de jubilación de los trabajadores de construcción civil, tanto dentro del Sistema Nacional de Pensiones, como dentro del Sistema Privado de Pensiones, fundamentalmente para tener una jubilación adelantada sin sacrificar el monto de su pensión, se puede señalar entonces, que la limitación al acceso a la jubilación especial de la que gozan los trabajadores de construcción civil, por la naturaleza de sus labores que involucran un mayor desgaste físico por ser un trabajo pesado, en definitiva y respondiendo a la pregunta formulada, sí afecta al contenido esencial del derecho a la pensión, ya que al considerarlo dentro del régimen laboral común, el trabajador queda fuera de tal modalidad de jubilación (contenido esencial), que es la que legítimamente le habría correspondido, ya que involucra afectación en la edad de jubilación, en estricto a la posibilidad material de jubilarse dentro de un régimen especial que legítimamente le corresponde; también claro está afectará el monto de la pensión, irradiando su efecto a la pensión de viudez, de orfandad e incluso al de ascendientes en el caso de muerte del trabajador, siendo esto último el contenido adicional, al contenido esencial afectado.

2.2.4. En el derecho de sindicación y de negociación colectiva

El derecho de sindicación es un derecho fundamental y está reconocido en primer lugar por nuestra Carta Magna en el numeral 1 del artículo 28, cuando alude a la libertad sindical; luego, en el numeral 2, se señala que se fomenta la negociación colectiva.

El numeral 4 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

El artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, se refiere a que los Estados partes, garanticen el derecho de los trabajadores

a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección. En el mismo sentido lo establece el numeral 1 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Convenio OIT Nro. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (ratificado por el Estado peruano), así como el Convenio Nro. 98 OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (ratificado por el Estado peruano), están referidos en forma amplia a estos derechos que resultan ser fundamentales, por cuanto la misma Organización Internacional del Trabajo, ha priorizado a la libertad sindical y a la negociación colectiva, como uno de los ocho derechos fundamentales a protegerse, lo que nos una idea cabal de la enorme trascendencia que tales derechos tienen. Forma parte del jus cogens, de los derechos fundamentales, prioritarios que deben ser protegidos, garantizados y cumplidos. La protección indicada importa no afectarla en modo alguno.

El Tribunal Constitucional¹²⁵, en relación al contenido esencial del derecho de sindicación señala en el Fundamento 8: *“La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28, inciso 1). Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicato a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. (...)”*. De lo señalado por el Tribunal Constitucional y en consonancia también con las Normas Internacionales de Trabajo, se tiene entonces que la libertad sindical es un derecho fundamental, que su contenido esencial, esto es, el núcleo duro de tal derecho está constituido por el derecho de constituir organizaciones sindicales y por otro lado, el derecho de afiliarse a la organización sindical que el trabajador decida.

Sin duda se trata de un derecho fundamental, no solo porque protege al trabajador, a la organización sindical, sino que además, protege a las organizaciones de base que son una de las que le dan sustento al Estado democrático de derecho.

¹²⁵www.tc.gob.pe STC NRO. 1124-2001-AA/TC Lima del 11 de julio de 2002

En el caso concreto materia de la presente investigación, la pregunta a responder es: **¿La exclusión en la contratación de obreros de construcción civil, dentro del régimen laboral de construcción civil, efectuándolo dentro del régimen común de la actividad privada, afecta a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva de tales trabajadores?.** Tenemos lo siguiente:

a) Aparentemente siendo trabajadores del régimen común, también tendrían el derecho fundamental a la libertad sindical; sin embargo, el tema debe ser analizado más profundamente, esto es, en atención a la naturaleza propia de la actividad realizada por los trabajadores de construcción civil, como es la temporalidad de la obra y con ello del contrato de trabajo; en segundo lugar, el ser una actividad de alto riesgo; en tercer lugar, el de la variación de la ubicación geográfica de las obras.

b) El Tribunal Constitucional¹²⁶, precisamente en relación a la naturaleza de las labores de construcción civil, señala:

“En suma, conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes y de los actuados obrantes en el expediente, se desprende que el régimen laboral de los trabajadores del sector de construcción civil posee características muy singulares que lo diferencian del de otros sectores, destacando: a) la eventualidad, pues la relación laboral no es permanente; dura mientras se ejecute la labor para la cual los trabajadores han sido contratados o mientras dure la ejecución de la obra; y b) la ubicación relativa, pues no existe un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores de construcción.

En consecuencia, durante el desarrollo de su actividad laboral, el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa, y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación.(...)”

c) Siendo que la situación de los trabajadores de construcción civil, en efecto tiene las características señaladas, como son la temporalidad, la ubicación relativa donde se

¹²⁶www.tc.gob.pe STC NRO. 0261-2003-AA/TC, Lima del 26 de marzo de 2003, F.J. 3.3 acápite 14 y 15

realicen las labores de construcción; entonces, sin duda tales trabajadores tendrán seria dificultad para constituir organizaciones sindicales de base, de primer grado a nivel de empresa, así como de negociación colectiva en tal instancia. Igualmente, tal trabajador tendría seria limitación, a su eventual decisión de integrar una organización sindical que represente en efecto su ámbito.

d) Ya hemos precisado el contenido esencial del derecho a la libertad sindical; entonces, la exclusión de ser contratados los trabajadores de construcción, dentro del régimen laboral de construcción civil, limita de manera importante el ejercicio del derecho a la libertad sindical y también de negociación colectiva a nivel de empresa, ya que sería muy difícil que lleguen a constituirse como sindicato de empresa, por la corta duración de los contratos, por la variación de empleadores, por la variación de la ubicación geográfica.

e) El Tribunal Constitucional¹²⁷ con ocasión del proceso de amparo seguido por CAPECO en contra del Ministerio de Trabajo por disponer la negociación colectiva por rama de actividad, entre otros aspectos analiza el artículo 45 del Decreto Ley Nro. 25593 de Relaciones Colectivas de Trabajo, que establecía que a falta de acuerdo, le negociación colectiva se llevará a nivel de empresa; sobre el particular dicho Tribunal señaló, que por las características propias de tal actividad, ello afectaría el principio de igualdad, por lo que a la luz de diversas normas internacionales, concluye que aquella norma no fomenta la negociación colectiva y tampoco adecua la negociación colectiva de los trabajadores de construcción civil con la ley de relaciones colectivas de trabajo. Finalmente, de la sentencia indicada, se puede extraer que el principio de igualdad se aplica entre iguales y si existen circunstancias objetivas distintas, justifica un tratamiento diferenciado, lo que se conoce como discriminación positiva, ya que tiene un objetivo ético, fundamental, de igualar a los desiguales, con lo que confirma la sentencia impugnada que declara infundada la demanda. Con tal pronunciamiento, entonces se ratifica la viabilidad de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad entre la Federación de Trabajadores de Construcción Civil del Perú y la Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO, y no a nivel de empresa como pretendía la demandante CAPECO.

¹²⁷www.tc.gob.pe STC NRO. 0261-2003-AA/TC Lima, del 26 de marzo de 2003.

f) De modo tal, que si estuvieran contratados como trabajadores dentro del régimen de construcción civil los obreros de construcción que laboran para una entidad pública, no requerirían constituir su propio sindicato a nivel de empresa, sino solo afiliarse a las organizaciones sindicales de construcción civil, y además, gozar de los derechos y beneficios que por negociación colectiva se acuerdan a nivel de rama de actividad, como en efecto se produce anualmente.

g) En definitiva y respondiendo a la pregunta formulada, se tiene entonces que SÍ se afecta al contenido esencial del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, ya que se restringe de manera significativa la posibilidad de constituir organizaciones sindicales a nivel de empresa y también en la negociación colectiva, estando a la temporalidad de las obras de construcción civil, estando a la variación de la ubicación geográfica que caracterizan a tal tipo de actividad.

2.2.5. En el valor justicia

Como ya lo hemos señalado al iniciar el presente Título, la justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. **La justicia es ética, equidad y honestidad.** Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo. Es aquel sentimiento de rectitud que gobierna la conducta y hace acatar debidamente todos los derechos de los demás.

En el criterio analizado, al excluirse a los trabajadores obreros de construcción de ser contratados dentro del régimen de construcción civil, en el caso de laborar para entidades públicas que ejecutan obras de construcción por administración directa, está claro que se ha afectado el sistema jurídico en sí mismo, al aplicarse una norma que no les alcanza, al interpretarse contra las reglas de la lógica jurídica, al inaplicarse normas internas e internacionales de observancia obligatoria; se ha afectado el principio de igualdad, se ha afectado al contenido esencial del derecho a la pensión y se ha afectado al derecho de sindicación y a la negociación colectiva.

Siendo así, es evidente que tal criterio no da a cada uno lo que le corresponde; afecta a la ética como valor que se debe observar en todo Estado de derecho, así como también a la equidad. En definitiva, el criterio referido y que es materia de esta parte de la investigación, también afecta al valor justicia que toda decisión judicial debiera contener.

2.3. Análisis conclusivo en relación al criterio bajo comentario

- El sistema jurídico mismo se reciente, cuando no se aplica las normas jurídicas pertinentes y por el contrario, cuando se aplica una norma que no corresponde y más aún, cuando haciendo interpretación, se le da a tal norma, un significado que no guarda correspondencia con los principios generales que deben guiar el método lógico de interpretación. Conforme lo analizado en relación a este aspecto, en efecto el criterio reciente al sistema jurídico, ya que la administración de justicia da una respuesta contraria a lo que en ella se regula.

- En cuanto al principio de igualdad en las remuneraciones conforme lo analizado, supone salario igual por trabajo de igual valor, siendo que los jornales de los obreros de construcción son mucho más elevados en relación a los obreros comunes de la actividad privada; también como se ha analizado en la parte pertinente de la presente investigación, existen una serie de derechos y beneficios laborales especiales que son aplicables a los trabajadores del régimen laboral de construcción civil, lo que incluye especialmente a la seguridad social en materia previsional, por tenerse una modalidad especial de jubilación. Por tanto, se concluye que se ha afectado de manera significativa el principio de igualdad, un principio y derecho humano fundamental que está dentro del jus cogens.

- En cuanto al derecho a la pensión, conforme lo analizado respecto de este tema, también se ha afectado a su núcleo duro, a su contenido esencial, por cuanto al tenerlos como trabajadores del régimen laboral común, entonces la consecuencia es que también se restringe el acceso a la modalidad especial de jubilación de los trabajadores de construcción civil. El derecho a la pensión, es también un derecho fundamental de la persona.

- En cuanto al derecho de sindicación y de negociación colectiva, el análisis realizado nos permite concluir que se le afecta, en razón de que limita al contenido esencial de aquel derecho, al restringir de manera indirecta la posibilidad de constituir organizaciones sindicales a nivel de empresa, consiguientemente de afiliarse a ellas; por otro lado, también limita la negociación colectiva, precisamente por la dificultad de constituir organizaciones sindicales.

- Finalmente, el corolario del conjunto de infracciones al sistema jurídico, a las normas internacionales que son imperativas al haberlas suscrito el Estado peruano, dan como resultado que en definitiva también se afecte el valor justicia.

3. DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL POR LAS MUNICIPALIDADES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS, CONFORME AL DECRETO LEGISLATIVO NRO. 727

3.1. Análisis crítico

El criterio va en el sentido, que SÍ se aplica el régimen de construcción civil a los obreros que prestan sus servicios para Municipalidades, en la ejecución de obras de construcción por administración directa, y, también se aplica lo normado por el Decreto Legislativo Nro. 727 en cuanto establece que si el costo individual de la obra no supera 50 Unidades Impositivas Tributarias, se regirá su contrato y beneficios conforme a la legislación laboral común, todo lo que con amplitud se ha analizado en el Capítulo III del Título II de la presente investigación, esto es, en relación a los alcances de aquel Decreto Legislativo.

El fundamento jurídico asumido mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales que sostienen el criterio aludido, se basa en aplicar automáticamente el Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, sin efectuar análisis del ámbito de aplicación de la norma referida; esto es, sin analizar si las Municipalidades y en general las entidades públicas, están o no comprendidas dentro de sus alcances.

De hecho, no se analiza por ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, que como ya hemos señalado en la presente investigación, han asumido un criterio totalmente distinto y contradictorio, ya que estiman que no pueden contratar en el régimen de construcción civil, las Municipalidades; sin embargo, pese a la vinculatoriedad de tales resoluciones, como también se ha analizado en el Capítulo II del Título I de la presente investigación, no se las tiene en cuenta para resolver. Tampoco se ha advertido que al resolver conforme al criterio aludido, se hubieran apartado del establecido por el Tribunal Constitucional en

su jurisprudencia, de manera motivada, mejor aún, con motivación reforzada, toda vez que simplemente no fue objeto de análisis jurídico tal situación.

Es evidente que los diversos temperamentos existentes, que ha llevado incluso a ser tratados en Plenos Jurisdiccionales Distritales como el de Arequipa y el de Moquegua, significa que al resolver conforme a alguno de los criterios, se tendría que justificar externamente, dado que se trata de un caso difícil y no solo efectuar una simple subsunción como si fuese un caso sencillo en el que solo se verifica la literalidad de la norma para relacionarlo a los hechos.

De lo dicho, es evidente también que no se hace ningún análisis a la luz de preceptos constitucionales, tratados internacionales suscritos por el Perú.

Por lo expresado y concordado con el análisis que se hace de las sentencias que optan el criterio aludido y que han sido analizadas en el numeral 3.2 del Capítulo IV del Título II de la presente investigación, se puede concluir que la justificación especialmente externa normativa, fue insuficiente y en casos ausente; por lo mismo, la motivación de las decisiones también fueron insuficientes, ya que en definitiva no se da razones que sustenten la razón de haber aplicado el Decreto Legislativo Nro. 727, más aún los pronunciamientos existentes, lo que sin duda obligaba una motivación reforzada en la posición o criterio que se asuma, situación que no ha ocurrido.

3.2. Consecuencias jurídicas del criterio

Ahora corresponde hacer una aproximación crítica, en relación a las consecuencias jurídicas de aplicar el Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, a los trabajadores obreros de construcción contratados por entidades públicas, en obras ejecutadas por administración directa.

El efecto inmediato de aplicar la norma aludida, es que se le pague al trabajador dentro del régimen laboral de construcción civil, salvo que la obra tenga un valor unitario no mayor a 50 Unidades Impositivas Tributarias, en cuyo caso, conforme a su artículo 14 regirán sus contratos y remuneraciones mediante acuerdo individual o colectivo con sus empleadores conforme a la legislación laboral común.

En el sistema jurídico

Como señala Torres Vásquez¹²⁸, *“la expresión ordenamiento jurídico es de origen italiano, pero se extendió a varios países de habla hispana. En otros idiomas se sigue utilizando la expresión equivalente: orden jurídico, (...). Es también común el uso de la expresión sistema jurídico para referirse al ordenamiento jurídico”*.

El mismo autor sigue: *“La norma jurídica nunca está sola sino como integrante de un conjunto regulativo que se encarga de organizar un cuerpo social. El conjunto de normas jurídicas vigentes en determinada colectividad constituye el Derecho u ordenamiento jurídico. Con la coincidencia de la idea de Derecho con la idea de ordenamiento jurídico se quiere significar que el Derecho no se debe entender respecto a las normas jurídicas que lo componen aisladamente consideradas, sino en su conjunto. El ordenamiento jurídico es el todo y la norma solo una parte de este.*

Como conjunto de normas, el Derecho no es un cuerpo de preceptos dispersos, amontonados, uno al lado de otros sin ninguna conexión, no están yuxtapuestos o solo alineados en serie, todos del mismo rango, sino como un sistema orgánico, coherente, integrado jerárquicamente por normas de distinto valor, todas unidas por una relación de fundamentación, es decir, que unas normas se fundan o derivan de otras. El sistema normativo se establece de acuerdo con principios unitarios que obligan a que cierta norma sea comprendida en función de todas las demás y estas por medio de esos principios. A este conjunto organizado de normas se le llama ordenamiento jurídico, cuya eficacia está garantizada por medio de la fuerza que monopoliza el Estado”.

En el criterio bajo análisis, si se aplica una norma que no corresponde al caso, porque el Decreto Legislativo Nro. 727 expresamente la dirige al sector privado que ejecutan obras de construcción, entonces están fuera de su ámbito de aplicación las entidades públicas. Si esto es así, afecta al ordenamiento jurídico, al sistema jurídico, por cuanto no se toma en consideración conforme lo señalado en los párrafos anteriores, que se trata de un conjunto de normas entrelazadas de manera coherente, jerarquizadas, que responden a principios específicos.

¹²⁸ TÓRRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. IDEMSA, Tercera Edición, Lima 2008, p. 249

No se puede asumir implícitamente y peor aún sin justificación ni motivación alguna, que empresas privadas es lo mismo que entidades públicas; más aún que en las sentencias comentadas en la presente investigación, tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, coinciden que las Municipalidades, por tanto también las entidades públicas, no están comprendidas en el Decreto Legislativo tantas veces aludido. Al analizar el Decreto Legislativo Nro. 727, se ha visto este aspecto en el numeral 4 del Capítulo IV del Título II de la presente investigación, por lo que a ello me remito. Sin duda son absolutamente distintas y en tal sentido se afecta el sistema de organización misma del Estado que establece nuestra Carta Magna.

Se afecta por otro lado el sistema jurídico, por cuanto no se aplica las normas pertinentes que resultan ser las que corresponden al caso materia de la presente investigación y que en extenso se han precisado en el numeral 4.2 del Capítulo III del Título II, referido al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR; tampoco se aplican las normas relacionadas a los obreros de las entidades públicas que se analiza en el numeral 6 del mismo capítulo antes señalado; no se analiza el principio de igualdad en las remuneraciones que está contenida en el literal a) del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, que recoge el derecho del trabajador a un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

En definitiva, la aplicación de una norma a un caso que no está dentro de su ámbito y por otro lado, la omisión de analizar y finalmente de aplicar las normas internas e internacionales pertinentes, afectan al ordenamiento jurídico, al sistema jurídico.

4. DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONSTRUCCIÓN CIVIL POR LOS GOBIERNOS LOCALES Y OTRAS ENTIDADES DEL ESTADO, EN OBRAS DE CONSTRUCCIÓN, AL AMPARO DEL DECRETO SUPREMO NRO. 07-77-TR Y NORMAS INTERNACIONALES.

4.1. Análisis crítico

El criterio de la referencia consiste en que corresponde contratar a los obreros de construcción dentro del régimen laboral de construcción civil, cuando son contratados por las entidades públicas para ejecutar obras de construcción por administración

directa, ello al amparo del Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, norma que ha sido analizada en el numeral 4) del Capítulo III del Título II de la presente investigación.

Asimismo se sustenta en que en el Perú existe régimen especial de construcción civil con su propia normativa, sus convenios colectivos ello por la naturaleza y características de las actividades que se realizan en el sector de construcción civil, lo que entraña también un permanente riesgo para la salud y la vida, con el consiguiente mayor desgaste físico en relación con otras actividades. En esa línea se alude a diversas normas, que regulan de manera especial el régimen de construcción civil, como el Decreto Supremo del 23 de octubre de 1942, entre otras que han sido analizadas en el numeral 1) del Capítulo III del Título II.

También se analiza el tema de la seguridad social del trabajador de construcción civil, como el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la jubilación para los trabajadores de construcción, como el Decreto Supremo 018-82-TR, su posterior modificación con el Decreto Ley N° 25967 que permiten la jubilación con 55 años de edad, normas y modalidad de jubilación de los trabajadores de construcción civil que más ampliamente, han sido analizadas en el numeral 3) del Capítulo III del Título II de la presente investigación.

Se analiza a la facultad de la ejecución directa de obras de construcción, por los Gobiernos Locales, como el artículo 73 de la Ley Nro.27972 Ley Orgánica de Municipalidades, lo que ha sido más ampliamente desarrollado en el numeral 5) del Capítulo III del Título II de la presente investigación.

Se hace un análisis asimismo, en relación a la sentencia del Tribunal Constitucional Nro. 325-2011-PA; asimismo se alude a la figura del distinguishing para efectos de apartarse de la jurisprudencia vinculante de dicho Tribunal, en cuanto a su criterio que las Municipalidades no tienen capacidad de contratar bajo el régimen de construcción civil, sustentado especialmente en el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR.

De lo señalado, se advierte que el criterio que se analiza, tiene fundamentos jurídicos importantes para sustentar su posición y para apartarse del criterio del Tribunal Constitucional; sin embargo se advierte también, que podía haberse mejorado la motivación y justificación externa de tal criterio, como es particularmente las normas internas relacionadas al régimen laboral de la actividad privada que corresponde a los

obreros de las entidades públicas, así como las normas internacionales también aplicables y que de manera amplia se han abordado en el Capítulo II del Título II de la presente investigación.

Hay un voto singular que sustenta su posición en dos argumentos, mismo que ha sido analizado en el Capítulo IV del Título II, referido a sentencias de órganos jurisdiccionales ordinarios, particularmente, al analizar la Sentencia de Vista Nro. 90-2013-SLP, recaída en el Expediente Nro. 0220-2010-0-0401-JR-LA-02. Los argumentos son básicamente dos y sobre el particular se tiene:

a) *“Las sentencia a las que hace alusión el voto en el sexto considerando está referidas a trabajadores que laboraban en Municipalidades bajo simulación de contratos de construcción civil, no existiendo un análisis de parte del Tribunal Constitucional de los alcances del citado Decreto Legislativo Nro. 727; más en el caso de autos para determinar si dicho régimen le es aplicable al actor, debe tenerse en cuenta lo previsto por los artículos 12 y 14 del Decreto Legislativo 727: (...)”.* Sobre el particular, como ya se ha analizado con mayor detalle en la parte de la presente investigación que a su vez analiza la Sentencia Nro. 325-2011-PA/TC, entre otras sentencias, en el numeral 2.1 y 2.2 del Capítulo IV del Título II, se tiene que el Tribunal Constitucional no alude a simulación porque materialmente no realizaba labores de construcción civil, o algún supuesto en el que aparezca formalmente lo que en la realidad es distinto; sino, porque según la interpretación que hace dicho Tribunal, las Municipalidades no tienen capacidad para contratar obreros dentro del régimen laboral de construcción civil, ya que se encuentran fuera de los alcances del Decreto Legislativo Nro. 727, básicamente aludiendo a su artículo 3. Siendo así, se estima que el Tribunal sí interpreta la norma indicada y sí considera que las Municipalidades no pueden contratar obreros de construcción, más allá que la deducción lógica que realiza no sea adecuada, ya que la situación jurídica que las entidades públicas estén fuera del ámbito del Decreto Legislativo Nro. 727, no significa que no puedan contratar trabajadores de construcción civil dichas entidades, por los fundamentos que ya se han señalado en las partes pertinentes, como la realizada en el numeral 4 del Capítulo III del Título II. Y también, más allá que la justificación y motivación del Tribunal en sus sentencias, sean insuficientes. Tales deficiencias del Tribunal Constitucional, se estima que no podrían permitir concluir que tal Tribunal no interpretó o analizó el Decreto Legislativo Nro.

727, más allá de sus deficiencias ya analizadas con amplitud en los numerales señalados.

b) El segundo argumento, “*Ello, en concordancia con el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR que extiende los alcances del régimen de construcción civil en las obras realizadas por el Estado, con la Convención Colectiva de Trabajo dos mil ocho-dos mil nueve; por lo que concuerda con el fallo del Vocal Ponente.*”. El Decreto Supremo aludido, ha sido analizado ampliamente en el numeral 4 del Capítulo III del Título II de la presente investigación, norma que sin duda es de aplicación a los obreros eventuales en obras de construcción ejecutadas por las entidades públicas por administración directa, en tal sentido el investigador concuerda plenamente, más allá que en el voto de la sentencia recaída en el expediente Nro. 0220-2010-0-0401-JR-LA-02, es uno de sus fundamentos jurídicos más importantes.

c) En principio se respetan los criterios de los señores jueces; sin embargo, por lo señalado y el contexto de la presente investigación, se considera que el Decreto Legislativo Nro. 727 no tiene dentro de sus alcances, a las entidades públicas, por lo que no sería aplicable tal norma y en tal extremo el investigador no concuerda con el argumento precisado en el voto singular aludido.

4.2. Consecuencias jurídicas del criterio

4.2.1. En el sistema jurídico

La interpretación realizada, ciertamente es sistemática, considerando un conjunto normativo correlacionado y congruente; en tal sentido, se estima que guarda correspondencia con el sistema jurídico.

4.2.2. En el principio de Igualdad

El criterio aludido refuerza el principio de igualdad de remuneraciones a igual trabajo, ya que si se tratan de obreros de construcción sujetos al régimen de la actividad privada, tanto los que laboran para personas naturales y jurídicas privadas, así como si laboran para entidades públicas, realizando labores de la misma naturaleza de temporalidad, de riesgo, de variación en la ubicación territorial de las obras, entonces corresponde a criterio del investigador, que se aplique tal principio, mismo que tiene sustento constitucional y especialmente en las normas internacionales que el Perú ha suscrito, lo

que se ha desarrollado en el numeral 2) del Capítulo I del Título I, así como en el Capítulo II del Título II de la presente investigación, todo lo que se reproduce.

Test de Proporcionalidad

Agotando el análisis, cabe la posibilidad que se pueda interpretar que en todo caso, sólo le corresponde al obrero de construcción que labora para una entidad pública en obras de construcción civil ejecutadas por administración directa, el pago de la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones dentro del régimen de construcción civil, ello estando al texto literal del Decreto Supremo Nro. 07-77-TR. En esta línea de pensamiento, que no se ha verificado que haya sido asumido por ningún órgano jurisdiccional, estaría en conflicto el principio de legalidad y el principio y derecho de igualdad de trato, de remuneraciones, contenido entre otras normas internacionales, por el ítem i) del literal a) del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el presente caso, se reproduce el análisis a la luz del Test de Proporcionalidad efectuado en el numeral 2.2.2. del presente Capítulo, siendo que igualmente no superaría el nivel de necesidad, porque existe otro medio menos gravoso, que sería que entonces las entidades públicas no ejecuten obras de construcción por administración directa. Finalmente, pasando a un eventual nivel de proporcionalidad en estricto, se tiene que el grado de afectación al principio de igualdad sería sumamente grave y el grado de satisfacción del principio de legalidad sería leve, por lo tanto, tampoco este último supuesto superaría el test de proporcionalidad y tendría que prevalecer el principio y derecho a la igualdad de trato y de remuneraciones, en trabajadores que están exactamente en la misma condición.

4.2.3. En el derecho a la pensión

Uno de los temas importantes en cuanto a las consecuencias jurídicas, tiene que ver particularmente con la modalidad de jubilación de los trabajadores de construcción civil, las que han sido analizadas en el numeral 3) del Capítulo III del Título II de la presente investigación, así como en las normas internacionales que se han analizado en el Capítulo II que tienen que ver con el derecho a la pensión, como un derecho humano fundamental de toda persona.

Se ha establecido, que existe modalidad especial de jubilación de los trabajadores de construcción civil, tanto en el Sistema Nacional de Pensiones, como en el Sistema

Privado de Pensiones, que se afectaría en el supuesto que los obreros de construcción que prestan servicios para las entidades públicas, no estuvieran incluidos en el régimen especial de construcción civil, por tanto, al estar justificadamente considerados en dicho régimen, también ello tiene su impacto positivo en la materialización del derecho fundamental a la pensión, como se ha analizado en las partes pertinentes de la presente investigación.

4.2.4. En el derecho de sindicación y de negociación colectiva

La libertad sindical como lo ha establecido la Organización Internacional del Trabajo¹²⁹, integra uno de los ocho derechos fundamentales prioritarios, sobre la base del Convenio Nro. 87, el Convenio Nro. 98 de la OIT, referidos al derecho de sindicación y al fomento de la negociación colectiva los que han sido analizados, particularmente en el numeral 2.4.5 del Capítulo II del Título II de la presente investigación.

Forman parte del jus cogens, de los derechos fundamentales que deben ser respetados.

El criterio analizado, involucra también, que se proteja la libertad sindical de los trabajadores obreros de construcción, que laboran para entidades públicas, por cuanto como ya se ha analizado las partes pertinentes de la presente investigación, al considerarlos injustificadamente como trabajadores del régimen laboral común de la actividad privada, involucra afectación a la libertad sindical, al derecho de sindicación, al derecho a la negociación colectiva, ya que por la naturaleza de las labores de construcción, se verían seriamente limitados en el ejercicio pleno de tales derechos. Consecuentemente el criterio analizado viabiliza también, el respeto y el ejercicio de los derechos fundamentales señalados, toda vez que, podrán afiliarse a organizaciones sindicales de construcción civil existentes por la naturaleza de la actividad; también, podrán participar y beneficiarse de la negociación por rama de actividad que existe en el régimen de construcción civil, todo lo que estaría limitado si tuvieran que formar sindicatos de empresa y negociar en tal nivel, cuando como ya se ha dicho sus labores tienen naturaleza y características especiales.

El criterio analizado, procura también el ejercicio y respeto pleno de aquellos derechos. La debilidad de este criterio, es que pese a que resulta ser a criterio del investigador, la

¹²⁹ OIT. Las Reglas de Juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo. Edición Revisada, Ginebra 2009

opción jurídica más adecuada, conforme a la normativa vigente; sin embargo, también afecta en parte al principio de igualdad, porque resultan tener los trabajadores de obras de construcción de las entidades públicas, mejores condiciones que los del sector privado puro, al no considerarse el valor de la obra. Lo señalado, abona a la necesidad de una nueva regulación integral de la materia analizada, a efecto de superar todas las falencias que hoy se presentan.

4.2.5. En el valor justicia

El valor justicia que ha sido reseñado en el numeral 1.1 del presente capítulo, se ve plasmado con el criterio que se analiza, por cuanto se le reconoce el régimen laboral que por la naturaleza y características propias de la actividad, le corresponde; por cuanto es congruente con el sistema jurídico; por cuanto respeta el derecho fundamental a la igualdad en las remuneraciones y demás condiciones; por cuanto protege también el contenido esencial del derecho a la pensión y porque viabiliza el ejercicio pleno del derecho fundamental a la libertad sindical, al derecho de sindicación y al de la negociación colectiva.

En síntesis, el valor justicia se ve fortalecida a criterio del investigador con el criterio materia de análisis.



Cuadro Resumen Nro. 5

**PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS SEGÚN EL
CRITERIO ASUMIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA
JUDICATURA ORDINARIA**

CRITERIO	PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS
<p>1. De la inaplicación del Régimen de Construcción Civil por los Gobiernos Locales, Regionales y otras entidades públicas, amparado en que aquellas no están comprendidas en el Decreto Legislativo Nro. 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción</p>	<p>- Al principio de igualdad - Al contenido esencial del derecho a la pensión - Al derecho de sindicación y de negociación colectiva - Al deber de motivación de las resoluciones (art. 139.3 y 5 de Const.): se omite analizar el D.S. 07-77-TR, el numeral 4.1 del art. 73 de la LOM, art. 9 y 10 de LOGR, art. 59 Ley General de Presupuesto, art. 2 inc. 2 de Constitución Política, art. 7 de DUDH, art. 26 de PIDCP, art. 24 CADH, art. 23 num. 1 de DUDH, art. 7 lit. a), art. 8 y 9 del Protocolo Adicional a la CADH, art. 7 literal a) ítem i) del PIDESC (salario equitativo e igual), Conv. 62, 87(libertad sindical) y 98 OIT (sindicación y negociación colectiva). - Al valor justicia</p>
<p>2. De la aplicación del Régimen Laboral de Construcción Civil por las Municipalidades y otras entidades públicas, conforme al Decreto Legislativo Nro. 727</p>	<p>- Aplicación analógica contraria a la ley (art. IV del TP del C.C.), al aplicar el D. Leg. 727 y restringir el derecho en razón del valor de la obra a los obreros de construcción de entidades públicas. - Afecta sistema jurídico al aplicar norma que no corresponde al caso. -Al deber de motivación de las resoluciones (art 139 inc. 3 y 5 de Const. Política): se omite analizar el criterio del Tribunal Constitucional y la de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema plasmado en sus sentencias; tampoco se expresa los fundamentos de su apartamiento; se omite analizar el D.S. 07-77-TR y todo el conjunto de normas que le son aplicables.</p>
<p>3. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil por los Gobiernos Locales y otras entidades del estado, en obras de construcción, al amparo del Decreto Supremo Nro. 07-77-TR y normas internacionales</p>	<p>- Debilidad está en que los obreros de construcción civil de entidades públicas, al no considerarse el valor de la obra, resultan con mejor derecho en relación a los que laboran en el sector privado.</p>

- **Elaboración personal**

5. CONSECUENCIAS DE LA INCERTIDUMBRE Y DE LA DEFICIENCIA NORMATIVA EN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

5.1. Aspectos generales

Como señalara el mismo investigador,¹³⁰ *“La idea es precisamente poner sobre la mesa, la situación actual de la seguridad jurídica en el Perú, poner sobre la mesa de discusión, un tema de importancia real y trascendente no solo para el mundo del derecho, sino para el país en su conjunto, de cara a caminar en verdad a un estado democrático de derecho, de cara a generar la confianza necesaria y suficiente a toda persona que habita nuestro país, de cara a atraer inversiones que coadyuven al desarrollo y progreso”*.

El presente trabajo de investigación, referido a los trabajadores que laboran en obras de construcción civil ejecutadas de manera directa por entidades públicas, es una nueva ocasión para analizar el tema a la luz del principio de seguridad jurídica.

5.2. Concepto

La seguridad jurídica, según García Manrique¹³¹, es *“la certeza respecto del contenido de las normas jurídicas vigentes y respecto del hecho de que las normas jurídicas vigentes son aplicadas de acuerdo con su contenido”*. Por su parte Radbruch¹³², nos dice, *“La seguridad jurídica no es “la seguridad por medio del derecho, la seguridad que el derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato o el robo, etc., sino la seguridad del derecho mismo”*; para Kelsen¹³³, la seguridad jurídica consiste, *“en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos a derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles”*. Badeni¹³⁴ nos dice, *“La seguridad jurídica, de manera genérica, es una consecuencia del Estado en donde impera la ley estableciendo las reglas de juego a las*

¹³⁰ RUBIO ZEVALLOS, Isaac. El Principio de Seguridad Jurídica en el Perú de Hoy. Revista Iuris Omnes, publicada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Año VIII Nro. 2, diciembre 2006, p. 97.

¹³¹ García Manrique, Ricardo. Acerca del Valor Moral de la Seguridad Jurídica. Universidad de Barcelona.

¹³² Radbruch, G. Introducción a la filosofía del derecho. (trad. J. Medina Echavarría, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933; es la traducción de la 3ª edición alemana de 1932), pp. 95-101.

¹³³ Kelsen, H. Teoría pura del derecho (trad. R.J. Vernengo, México D.F. UNAM, 1986), p. 260.

¹³⁴ BADENI, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional. La Ley S.A.E. e I., 2º Edición, II Tomo, Buenos Aires – Argentina 2006, p. 1072.

cuales deberá adaptarse la conducta de los hombres para que ellos no sufran las consecuencias lesivas para sus intereses. Pero de manera específica, y con referencia a una democracia constitucional, la seguridad jurídica es el conjunto de garantías que afirman la vigencia y aplicación de aquellas reglas de juego que impiden la desnaturalización de las libertades constitucionales del hombre.”

Las definiciones referidas están encuadradas dentro de una concepción “formal” de la seguridad jurídica, porque como lo señala Liborio Hierro, está referida a la **consistencia del sistema normativo**.

La Seguridad Jurídica entonces es un valor fundamental, vital, del estado constitucional de derecho. Es también un servicio público concreto que el Estado debe brindar a todo el colectivo, materializado en un funcionamiento permanente, correcto, eficiente y eficaz de las entidades y dependencias estatales, a efecto de garantizar a todo el colectivo, reglas claras, previsibles y con una permanencia razonablemente mínima en el tiempo. Es un medio para que sea posible la convivencia en paz, con desarrollo y progreso para todos los habitantes del país y aún para los extranjeros que quieren saber cuáles son las reglas a las que deben atenerse.

De los conceptos señalados, claramente se desprende entonces para que se materialice la seguridad jurídica, la presencia de la previsibilidad del ordenamiento jurídico, la permanencia del mismo en el tiempo, a efecto de conocer con antelación, las consecuencias de los actos que se van a materializar no solo en ese momento, sino en el futuro. Así mismo, destaca también la interdicción de la arbitrariedad, que como dice el investigador,¹³⁵ *“supone un ejercicio del poder público con las limitaciones que el ordenamiento jurídico ha establecido”*.

Un Estado Constitucional de Derecho, tiene la imperiosa obligación de garantizar, de brindar a todos, seguridad jurídica, ya que resulta vital.

5.3. La Seguridad Jurídica como principio constitucional en el Perú

Nuestra Carta Magna, como señala el investigador en el artículo ya citado, *“no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional pese a la*

¹³⁵ RUBIO ZEVALLOS, Isaac. El Principio de Seguridad Jurídica en el Perú de Hoy. Revista Iuris Omnes, publicada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Año VIII Nro. 2, diciembre 2006, p. 98.

enorme trascendencia que tiene y que ya hemos referido al conceptualizarlo. En algunos países como España, en su Constitución de 1978 se precisa en el artículo 9.3, que la Constitución garantiza entre otros principios, la seguridad jurídica (...)”, por tanto, han elevado a precepto constitucional a la seguridad jurídica.

En nuestra Carta Magna no se ha considerado expresamente a la seguridad jurídica, sin embargo, existen varias disposiciones con las que se le plasma, como el artículo 2 inciso 24, parágrafo a), cuando dice: *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*; el artículo 2 inciso 24, parágrafo d), cuando dice: *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”*; el artículo 139 inciso 3 cuando dice: *“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ...”*. También es relevante, el artículo 45 de la Carta Magna, al consagrar el principio de la interdicción de la arbitrariedad, cuando establece, *“El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen, lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”*.

Guardando perfecta correspondencia con lo señalado en relación a las normas citadas de nuestra Carta Magna, el Tribunal Constitucional¹³⁶ ya se ha pronunciado, indicando que *“La Seguridad Jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside, además, que su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución”*. Por tanto, queda fuera de toda discusión el reconocimiento constitucional implícito del principio que nos ocupa, dentro del ordenamiento jurídico del Perú.

5.4. Análisis con relación al Poder Legislativo.

El Congreso de la República tiene como atribución constitucional conforme lo establece el inciso 1 del artículo 102 de la Carta Magna, la de expedir leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. En el ejercicio de la facultad referida, es trascendente tener en cuenta el principio de la interdicción de la

¹³⁶www.tc.gob.pe Expediente NRO. 0016-2002-AI/TC del 30 de abril del 2003, Fundamento 4.

arbitrariedad contenido en el artículo 45 de la Constitución Política, lo que supone que no es un poder ilimitado, sin control, sino por el contrario, de un poder que debe ser ejercido dentro del marco del sistema jurídico, pero además, razonada y razonablemente.

El Legislativo lamentablemente en su función de tal, con cierta recurrencia es una fuente de amenazas a la seguridad jurídica, básicamente por **mala técnica normativa, derivado de** defectos de redacción, derogar genéricamente “todas las normas que se opongan a la presente”, lo que dificulta la labor del Juez, del operador del derecho, finalmente del ciudadano en general, que no tiene formación jurídica y en consecuencia, menos podrá saber cuáles son esas normas que se oponen. De conformidad con el artículo 109 de la Carta Magna, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, lo que implica que entonces se le pide al ciudadano común, cumplir lo que no está a su alcance conocer ni entender. Una segunda fuente de amenazas a la seguridad jurídica, es indudablemente la **inestabilidad exagerada del ordenamiento, siendo** este el defecto más grave y recurrente, ya que existe importante cantidad de normas que se modifican, derogan en lapsos de tiempo verdaderamente cortos, a veces solo media días.

Las causas de la realidad referida, no es materia de la presente investigación; sin embargo, señalar tal situación es importante para el caso.

En cuanto al Decreto Legislativo Nro. 727, Ley de Fomento de la Inversión Privada en la Construcción, en relación a la seguridad jurídica, se tiene:

Si bien es una norma emitida por el Ejecutivo, sin embargo, se tiene que ello se ha producido por delegación del Congreso de la República aprobada mediante Ley Nro. 25327, al amparo de lo que preveía el artículo 188 de la Constitución Política del Estado de 1979 y que con la Constitución vigente se recoge tal facultad en el artículo 104, por tanto, se trata de una norma con intervención del Legislativo, con rango de ley y sujeto a la posibilidad real de ser interpretada, modificada, cambiada a la luz de los serios problemas que vienen ocurriendo hoy, conforme se ha analizado precedentemente en este Capítulo, afectando severamente el principio de seguridad jurídica.

El Congreso de la República, viene pecando por omisión de abordar el tema y emitir la normal legal que resuelva el caso, toda vez que existe una falta absoluta de

predictibilidad en las decisiones judiciales sobre el particular –por la diversidad de criterios de los jueces de todos los niveles-, derivado no solo de las falencias de la norma aludida, sino también de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, que en opinión del investigador basado en el estudio ya realizado, afectan seriamente al principio de igualdad, al sistema jurídico, al derecho a la pensión, a la libertad sindical, a la justicia misma como un valor que debe imperar en un estado constitucional de derecho.

Conforme se ha analizado precedentemente, se tiene entonces que un trabajador puede obtener protección dentro del régimen laboral de construcción civil, sin embargo, otro con el que incluso pueden haber trabajado en la misma obra, puede tener una respuesta total y absolutamente contraria. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, conforme se aludió en el Capítulo II del Título I del presente trabajo, resultan vinculantes, por tanto, el tema deviene en uno más complicado, que obliga al legislativo resolver problemas trascendentes como el del caso materia de la presente investigación.

5.5. Análisis con relación al Poder Judicial

Conforme se analizó en el Capítulo II del Título I del presente trabajo, se tiene que el Poder Judicial cuenta con diversas fuentes judiciales que nuestro ordenamiento jurídico regula y que podrían permitir unificar criterios en torno al tema planteado; sin embargo, se tiene que más allá de algunos esfuerzos en Plenos Jurisdiccionales Distritales, que no resultan vinculantes ni obligatorios para todos sus integrantes, se tiene que no hay ningún Pleno Casatorio en materia laboral que por su carácter vinculante, hubiera permitido encausar el tema de manera por lo menos relativa.

Se señala que lo es de manera relativa, por cuanto estimo que el problema planteado es de tal magnitud – por su repercusión en el principio de seguridad jurídica, que requiere de una vez por todas ser abordado por el Poder Legislativo, ya que estimo ha desbordado al Poder Judicial y al propio Tribunal Constitucional.

Incongruencia con el criterio de exclusión del régimen de construcción civil

Ahondando en la afectación al principio de seguridad jurídica, además de la incertidumbre derivada de los diversos criterios que tienen los órganos jurisdiccionales

y el propio Tribunal Constitucional, en relación a que si las entidades públicas pueden o no contratar trabajadores dentro del régimen especial de construcción civil, se tiene también la **Cas. Lab. Nro. 3858-2014-JUNIN** del 04 de noviembre del 2014, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de junio de 2015, que resuelve declarar improcedente el recurso impugnatorio interpuesto por la Municipalidad Distrital de Tambo en contra de la Sentencia de Vista respectiva, ello en el proceso contencioso administrativo interpuesto en contra del Ministerio de Trabajo, derivado de una resolución administrativa por infracción normativa al no haberlos incluido en el régimen de construcción civil, a un grupo de trabajadores.

Se advierte entonces de la casación antes aludida, que la Municipalidad fue sancionada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, por no incluir a los obreros de una obra de construcción, como trabajadores dentro del régimen laboral de construcción civil. La Municipalidad sustenta el recurso de casación, en diversas sentencias del Tribunal Constitucional en el sentido que las Municipalidades no pueden contratar trabajadores obreros dentro de tal régimen especial; sin embargo la impugnación es rechazada, según se precisa, porque no se cumple con la sustentación clara y precisa de la infracción normativa.

Más allá de que formalmente la casación se haya emitido correctamente, se evidencia una grave situación de inseguridad jurídica y en el fondo de incongruencia, por cuanto la Municipalidad indicada, fue sancionada por la Autoridad del Trabajo por no considerar dentro del régimen de construcción civil a trabajadores obreros en una obra “Mejoramiento del Jirón Manuel Alonso”; por otro lado como ya se ha señalado, el criterio de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema y la del propio Tribunal Constitucional es en el sentido de que no pueden contratar las Municipalidades dentro de tal régimen laboral, a lo que se agrega los diversos criterios de la judicatura ordinaria como ya se ha analizado en su momento. Por tanto, vemos que la entidad demandada se encuentra en situación de absoluta inseguridad jurídica, lo que se proyecta a cuanto entidad pública pueda ejecutar obras de construcción civil por administración directa, por cuanto como se sabe, el régimen laboral de la actividad privada es el género y el régimen laboral especial de construcción civil, es una especie de dicho género, tanto así que en relación a los trabajadores de este régimen especial, se aplica las normas del régimen laboral de la actividad privada que no sean incompatibles con las normas especiales de aquel régimen.

A manera de conclusión del ítem analizado, se tiene entonces, que la seguridad jurídica es un derecho fundamental en un Estado constitucional de derecho; que la seguridad jurídica coadyuva a la paz y al desarrollo; que existen factores que generan inseguridad jurídica, derivado de diversos aspectos particularmente en el tema materia de análisis; que a la fecha es una controversia no resuelta en definitiva y en consecuencia, se sigue afectando seriamente, el principio de seguridad jurídica.

5.6. Análisis con relación al Tribunal Constitucional

Es importante recordar, que las sentencias del Tribunal Constitucional expedidas en los procesos constitucionales, conforme al artículo VII del Título Preliminar del vigente Código Procesal Constitucional, pueden contener precedentes, esto es, que tienen **carácter normativo**, en una clara aproximación al sistema jurídico anglosajón, y por otro lado, tenemos a la **jurisprudencia vinculante** a que se refiere la Primera Disposición General de la Ley 28301 Orgánica del Tribunal Constitucional. Ambas son de observancia obligatoria por todas las autoridades y por cierto también por los Jueces, aunque claro está, existe diferencia sustancial en cuanto al grado de vinculación y obligatoriedad, ya que un precedente constitucional es absolutamente vinculante, salvo que se haga uso del *distinguishing*, que es mecanismo de apartamiento del precedente, con motivación reforzada, que va dirigida a señalar que en el caso específico concreto, no resulta aplicable, porque propiamente sobre tal aspecto no le alcanza el precedente.

Tiene entonces el Tribunal Constitucional, una enorme responsabilidad, tanto más que se trata del máximo órgano de control de la Constitución, tal como lo señala el artículo 201 de la Carta Magna.

El Tribunal Constitucional, qué duda cabe, es una de las instituciones que se encuentran en la cúspide de la organización del Estado y en tal sentido, también por lo tanto, es una de las que tienen la mayor obligación y responsabilidad de contribuir a alcanzar adecuados niveles de seguridad jurídica en el país.

Siendo así, pese a la trascendencia del tema, en primer lugar, en las sentencias emitidas, no se analiza con la profundidad deseable, como en la parte pertinente de la presente investigación se hace notar; en segundo lugar, es evidente que debieran efectuar un re estudio del tema considerando, a criterio del investigador, que se está afectando derechos fundamentales que ya han sido explicitados, lo que justificaría la aprobación

de un precedente constitucional. El tema es que a la fecha el Tribunal Constitucional, no ha materializado lo que se indica, con lo que se sigue afectando, además, el principio de seguridad jurídica.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se observa que la regulación legal contenida en el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR, es deficiente e incompleta sobre la materia, por cuanto establece que los trabajadores eventuales en obras de construcción civil, que ejecuta directamente el Estado, percibirán los beneficios de compensación por tiempo de servicios y vacaciones, de acuerdo al régimen de construcción civil; y, en tal sentido, no regula en forma integral lo relacionado a los demás derechos, beneficios económicos y de seguridad social que corresponden al Régimen Especial de Construcción Civil.

SEGUNDA.- Se observa que el Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, regula y fomenta de manera expresa la industria de la construcción a cargo de la inversión privada. Asimismo se observa que dicha norma, no regula ni prohíbe en modo alguno, las obras de construcción que ejecutan las entidades públicas por administración directa, por lo tanto, siguen vigentes las normas legales que autorizan la ejecución de obras de construcción por administración directa por las entidades públicas.

TERCERA.- Se observa que el Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, no modifica, ni deroga expresa o tácitamente, el Decreto Supremo Nro. 007-77-TR; ni al artículo 4 de la Ley Nro. 26790, en cuanto establece que entidades empleadoras para los efectos de la seguridad social en salud, se entiende a las empresas e **instituciones públicas** o privadas que emplean trabajadores.

CUARTA.- Se observa que el criterio establecido en las sentencias analizadas, en el sentido que no es posible que los Gobiernos Locales contraten trabajadores obreros dentro del Régimen Especial de Construcción Civil, desde un punto de vista procesal, agrede el principio de congruencia, la garantía constitucional del debido proceso, del deber de motivación suficiente de las resoluciones judiciales, por insuficiencia de justificación externa al tratarse de un caso complejo.

QUINTA.- Se observa que el criterio establecido en las sentencias analizadas, en el sentido que no es posible que los Gobiernos Locales contraten trabajadores obreros dentro del Régimen Especial de Construcción Civil, desde un punto de vista sustantivo, afecta al principio de igualdad de trato, pese a que se tratan de las mismas labores, particularmente en la igualdad en la remuneración por trabajo igual que recoge el

artículo 7 inciso a) del Protocolo de San Salvador; afecta al contenido esencial del derecho a la pensión al restringir a los obreros la jubilación dentro del régimen de construcción civil; afecta al sistema jurídico al hacerse una interpretación del Decreto Legislativo Nro. 727 que no guarda correspondencia con su texto ni con las reglas del método lógico de interpretación; así mismo, por cuanto se omite aplicar el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, norma vigente y, tampoco se aplican como corresponde las normas internacionales que el Perú ha ratificado y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, afecta al Convenio Nro. 87 y 98 de la OIT relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva.

SEXTA.- Se observa que el criterio en el sentido que los trabajadores que laboran en obras de construcción ejecutadas por administración directa por las entidades públicas, les es de aplicación el régimen de construcción civil conforme al Decreto Legislativo Nro. 727 Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, afecta al sistema jurídico, en tanto que el Decreto Legislativo Nro. 727 tiene dentro de su ámbito, a los trabajadores de la actividad privada y no a las entidades públicas, omitiendo hacer una interpretación sistemática. Así mismo, en tanto omite aplicar normas vigentes que regulan el tema como el Decreto Supremo Nro. 07-77-TR.

SÉPTIMA.- Se observa que el criterio en el sentido que los trabajadores que laboran en obras de construcción ejecutadas por administración directa por las entidades públicas, les es de aplicación el régimen de construcción civil más no el Decreto Legislativo Nro. 727, sustenta su posición especialmente conforme al Decreto Supremo Nro. 07-77-TR, principios laborales, tratados internacionales y normas analizadas, apartándose motivada, expresa y, parcialmente, del criterio establecido por el Tribunal Constitucional y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en el sentido que las Municipalidades no pueden contratar trabajadores dentro del régimen de construcción civil.

OCTAVA.- Se observa que se está afectando de una manera significativa el principio de seguridad jurídica, así como el de legalidad, en tanto que los criterios de la judicatura constitucional y la ordinaria es diversa, con lo que también las entidades públicas que realizan obras de construcción por administración directa, así como los trabajadores involucrados, no tienen reglas claras para su actuación y decisión.

NOVENA.- Se ha establecido, que solo en el Gobierno Regional de Arequipa y la Municipalidad Provincial de Arequipa en el período 2011-2012, fueron contratados 11,700 trabajadores en la ejecución de obras de construcción civil por administración directa, ello sin considerar que también otros Gobiernos Regionales y Locales del país, materializan obras de construcción civil por administración directa; por tanto, tiene enorme trascendencia el tema abordado, pues los derechos laborales de los trabajadores son distintos en tanto se tome un criterio u otro para establecer su régimen laboral.

DÉCIMA.- Finalmente, se debe indicar que la hipótesis planteada en el Proyecto de Investigación, **se ha comprobado** y en tal sentido, resulta imperativo aprobar y promulgar una ley que regule de manera integral el tema de los obreros que laboran en obras de construcción civil, ejecutadas por administración directa por las entidades públicas.



SUGERENCIAS

1. Siendo que la regulación legal contenida en el Decreto Supremo N° 007-77-TR, es deficiente e incompleta sobre la materia; que la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, afecta principios fundamentales de los obreros de construcción civil; que se está generando serios problemas jurídicos de diversa índole en las entidades públicas involucradas; que se está afectando el principio de seguridad jurídica; resulta absolutamente imperativo que se apruebe una ley que regule de manera expresa y adecuada, la situación de los obreros que laboran en obras de construcción civil, ejecutadas por administración directa por las entidades públicas.

2. En el proyecto de ley que se presenta, en mérito especialmente al principio de igualdad, de respeto al principio de libertad sindical y de no afectación en modo alguno al derecho constitucional a la seguridad social, SE SUGIERE, que los obreros de construcción civil que laboran para entidades públicas, tengan iguales derechos laborales, beneficios, condiciones de trabajo y de seguridad social en salud y en materia previsional, que los obreros del Régimen Especial de Construcción Civil, estando a que más allá de quien sea el empleador, se trata de la misma actividad, sujetos a los mismos riesgos, limitados por la temporalidad de las obras y sujetos en cualquier caso, al régimen de la actividad privada.

3. Que aquellos obreros que realizan determinadas labores permanentes, como la de mantenimiento de vías, veredas y otras consideradas obras de construcción, que no excedan de 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), se deben encontrar dentro del régimen común de la actividad privada, con lo que también se guarda correspondencia con lo regulado en el Decreto Legislativo Nro. 727, así como con las labores permanentes en tal rubro que tienen como función los Gobiernos Locales conforme a su Ley Orgánica.

4. En resumen y como producto de la investigación, me permito sugerir la siguiente Regla: “EN AQUELLOS CASOS EN LOS QUE EL TRABAJADOR PRESTE SUS SERVICIOS EN LABORES DE RIESGO PARA LA VIDA Y LA SALUD, POR LA PREEMINENCIA DE LOS BIENES JURÍDICOS QUE LA SUSTENTAN Y QUE ESTÁN EN PELIGRO, CUALQUIERA QUE SEA EL EMPLEADOR, DEBEN ESTAR COMPRENDIDOS DENTRO DE UN SOLO MARCO NORMATIVO”.

Propuesta Legislativa

PROYECTO DE LEY

I. ANALISIS DE COSTO BENEFICIO

El presente proyecto, no irrogará costo adicional al tesoro público, en razón de que los proyectos de ejecución de obras de construcción tienen ya previsto dentro de sus costos, el cumplimiento de todas las normas, derechos, beneficios dentro del régimen especial de construcción civil, toda vez que tales obras pueden ser ejecutadas además del sistema de administración directa, también dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado, y por tanto, ejecutadas por empresas privadas dedicadas a la industria de la construcción y que se encuentran sujetas a tal régimen.

II. EFECTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN

En tal sentido, este proyecto tiene como objetivo alcanzar mayores niveles de seguridad jurídica en cuanto al tema materia de la propuesta, en beneficio de los trabajadores, de las entidades públicas que ejecutan obras de construcción por administración directa y en general del sistema de justicia; así mismo, se fortalece el principio de legalidad dentro de la administración pública, que es uno de sus principios rectores, ya que estará debidamente reglada tal actuación de la administración. Finalmente, se consolida el principio de igualdad entre trabajadores que realizan la misma labor, lo que supone un avance importante en aras de alcanzar mayores y mejores niveles de justicia social.

III. FORMULA LEGAL

PROPUESTA DE APLICACIÓN JURIDICA

PROYECTO DE LEY

LEY N°

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que con el objeto de promover el respeto al principio de igualdad entre trabajadores obreros en obras de construcción civil que son ejecutadas por entidades públicas, en relación con los trabajadores de construcción civil de la actividad privada, dentro de un marco de respeto de los derechos fundamentales del trabajador.

Que con el objeto de incrementar los niveles de seguridad jurídica en nuestro país, al hacer más predecible la justicia en relación a los obreros que laboran en obras de construcción civil ejecutadas directamente por las entidades públicas.

Que con el objeto de respetar a cabalidad el principio de legalidad, que es el que guía la actuación de la administración pública, en cuanto a los aspectos laborales de las obras de construcción civil que ejecutan de manera directa las entidades públicas.

Entonces, resulta imprescindible expedir la presente norma, tanto más la existencia de vacíos y deficiencias legislativas que han devenido en interpretaciones diversas.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

LEY DEL TRABAJADOR DE CONTRUCCIÓN CIVIL EN OBRAS EJECUTADAS POR ENTIDADES PÚBLICAS

ARTÍCULO 1.- La presente ley establece las normas especiales a aplicarse, al trabajador obrero en obras de construcción civil ejecutadas por administración directa por entidades públicas.

ARTICULO 2.- Están comprendidos en los alcances de la presente ley todas las entidades públicas que ejecuten obras de construcción comprendidas en la sección “F - Construcción” de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las Naciones Unidas, Revisión 4.

ARTÍCULO 3.- Los trabajadores que sean contratados por entidades y organismos públicos, para la ejecución de obras de construcción civil por administración directa, lo serán dentro de las normas, que regulan el régimen laboral especial de construcción civil, siéndoles también de aplicación, todos los derechos, beneficios económicos y demás conceptos y condiciones de trabajo que corresponden a tal régimen especial. Así

mismo, en lo no previsto, le serán de aplicación las normas laborales del régimen laboral de la actividad privada.

ARTÍCULO 4.- A los trabajadores precisados en el artículo anterior, les son aplicables igualmente las normas especiales aprobadas para los trabajadores del régimen especial de construcción civil, sobre seguridad social en salud y previsional, así como de seguridad en el trabajo.

ARTÍCULO 5.- No están comprendidos en la presente norma, los trabajadores obreros que realizan labores permanentes de mantenimiento de vías, veredas y otras consideradas obras de construcción, que no excedan de 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), en cuyo caso se encontrarán dentro del régimen común de trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. En este caso, tal circunstancia se dejará constancia en el respectivo contrato de trabajo.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERO: Derogase el Decreto Supremo N° 007-77-TR, así como todas las normas que se opongan a la presente ley.

SEGUNDO: La presente ley entrará en vigencia a los 60 días de su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

Comuníquese al señor presidente constitucional de la república, para su promulgación.

En Lima a los dieciséis días del mes de noviembre del dos mil quince.

Presidente del congreso de la república.

Primer vicepresidente del congreso de la república

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. ABANTO REVILLA, César. “Manual del Sistema Nacional de Pensiones”. GACETA JURÍDICA S.A., Primera Edición, Lima noviembre 2014.
2. ABANTO REVILLA, César. “Manual del Sistema Privado de Pensiones”. GACETA JURÍDICA S.A., Primera Edición, Lima diciembre 2013.
3. ADRIAN CORIPUNA, Javier. “La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”. En estudios al precedente vinculante, Palestra, Lima, 2007.
4. AGUILÓ REGLA, Josep. “Fuentes del Derecho y Normas de Origen Judicial”. En material de lectura de Diplomatura de Precedentes Judiciales de la Academia de la Magistratura, Lima, 2010.
5. ALEXY, Robert; BERNAL PULIDO, Carlos; MORESO, José Juan; y otros. “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Imprenta VyM Gráficas, Quito –Ecuador, 2008.
6. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONTE, María Emilia. “Derecho del Trabajo”. Decimonovena Edición, Cevitas Editores S.L., Madrid - España, 2001.
7. ALVA LOPEZ, Noelia. “Empresas facultadas a contratar personal bajo el régimen de construcción civil”. En Soluciones Laborales, año 7, número 76, abril 2014, Gaceta Jurídica.
8. ANDREU, Federico; ANTKOWIAK, Thomas; IBÁÑEZ, Juana María y otros. “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”. Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Impresión a cargo de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Primera Edición, México agosto 2014.
9. ANGELES RODENAS. “Los Intersticios del derecho” .Primera Edición, editorial Marcial Pons, Barcelona-España, 2012.
10. AREVALO VELA, Javier y AVALOS JARA, Oxal. “Causas y Efectos de la Extinción del Contrato de Trabajo”. Primera Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.
11. AREVALO VELA, Javier. “Derecho del Trabajo –Individual–“. Fundación Ugarte del Pino, Corporación Totem Print Perú S.A.C., Lima, 2010.

12. BADENI, Gregorio. “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo I y II, Segunda Edición, Buenos Aires, 2006.
13. BARRER, Robert. “El Concepto de Precedente y su Significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos”. En Anexo de Lecturas – Diplomado de Actualización y Perfeccionamiento Academia de la Magistratura, Lima, 2010.
14. BASTOS PINTO, Manuel; CALIXTO PEÑAFIEL, Ivar; y otros. “Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo”, GACETA JURÍDICA S.A., Primera Edición, Lima 2012.
15. BEAUDONNET, Xavier. “Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho”. Segunda Edición, Turín - Italia, 2010.
16. BENDEZÚ MANRIQUE, Mario. “Derecho del Trabajo en Construcción Civil”. SENCICO, Editorial Educativa INIDE, Lima, 1983.
17. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo”. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007.
18. BRAMONT ARIAS, Luis. Derecho Penal, Parte General, T.I, Lima 1972
19. CAIRO ROLDÁN, Omar. HUAMÁN ORDOÑEZ, Luis; BARCO LECUSSAN, Oscar. “El principio constitucional de legalidad”. Gaceta Jurídica S.A., Editorial El Buho E.I.R.L, Lima, 2013.
20. CAMPOS TORRES, Sara. “Regímenes Laborales Especiales 2014”. Gaceta Jurídica S.A. Editorial El Buho E.I.R.L, Lima, 2014.
21. CANABAL, Rodolfo. “Construcción: Régimen Laboral y de Seguridad Social”. Fundación de Cultura Universitaria, Quinta edición, Montevideo – Uruguay, 2012.
22. CANESSA MONTEJO, Miguel. “El Jus Cogens Laboral: los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del derecho internacional general”. En el Homenaje Aniversario de la SPDTSS, Primera Edición, Imprenta Editorial El Buho E.I.R.Lta., Lima, 2013.
23. CARO PACCINI, Eliana. “Manual de Seguridad y Salud en el Trabajo”. GACETA JURÍDICA S.A., Primera Edición, Lima febrero 2015.
24. CASTILLO CORDOVA, Luís. “El Tribunal Constitucional como creador de Derecho Constitucional”. En Luís Sáenz Dávalos (Coordinador), el Nuevo régimen procesal del amparo contra amparo en la jurisprudencia constitucional. Editorial Palestra. Lima, 2007.

25. CASTILLO CÓRDOVA, Luís y CASTILLO ALVA, José Luís. “El precedente judicial y el precedente constitucional”. ARA Editores, Lima 2008.
26. CIANCIARDO, Juan. “La Interpretación en la Era del Neoconstitucionalismo”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L., Buenos Aires –Argentina, 2006.
27. COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil”. Traducción española, México, 1938.
28. DE ASIS ROIG, Rafael. Jueces y normas. “La decisión judicial desde el ordenamiento”. Marcial Pons, Madrid - España, 1995.
29. De Castro. Federico. “Derecho Civil de España”. T. I, 2da. Edición, Madrid-España, 1949.
30. DE DIEGO, Clemente. “La jurisprudencia como fuente de derecho”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - España, 1925.
31. DE LAMA LAURA, Manuel y otros. “Jurisprudencia Laboral para el abogado litigante”. Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2011.
32. DIAZ QUINTANILLA, Raquel. “Seguridad y Salud en las Regímenes Laborales Especiales”. Soluciones Laborales, Editorial El Búho EIRL, Lima, 2011.
33. DOLORIER TORRES, Javier. “Tratado Práctico de Derecho Laboral”. Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2010.
34. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. TT. III, IV, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires.
35. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
36. GARCIA AMIGO, Manuel. “Instituciones de Derecho Civil”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - España, 1979.
37. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Acerca del Valor Moral de la Seguridad Jurídica”. Universidad de Barcelona.
38. GARCIA TOMA, Víctor. “Las sentencias constitucionales: El Precedente Vinculante”. En TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. El Precedente Constitucional Vinculante. Editorial Adrus, Lima, 2009.
39. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alonso. “La Argumentación en el Derecho”. Editorial Palestra, Lima-Perú.
40. GONZÁLES RAMIRES, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “Desnaturalización en las relaciones laborales: situaciones de simulación y

- fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros”. Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2010.
41. GRANDEZ CASTRO, Pedro. “Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú”. En: Estudios al precedente constitucional. Palestra, Lima, 2007.
 42. GUASTINI, Riccardo. “Disposición vs Norma”. En material Instructivo de la Academia de la Magistratura, sobre Interpretación y Razonamiento Jurídico en el Ámbito Jurisdiccional.
 43. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “Diálogo con la Jurisprudencia”. Tomo 145, Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2010.
 44. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. “Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Sistema Universal y Sistema Interamericano”. Litografía Universal S.A., San José de Costa Rica, 2008.
 45. JIMENEZ CORONADO, Ludmin; HURTADO CRUZ Graciela; ATAHUAMAN SUMARAN, Clotilde. “Manual de los Regímenes Laborales Especiales”, Pacífico Editores S.A.C., Primera Edición, Lima febrero 2014.
 46. KELSEN, H. “Teoría pura del derecho”. (Trad. R.J. Vernengo, México D.F. UNAM, 1986).
 47. LANDA ARROYO, César. “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Tomo 2, Lima, 2005.
 48. LANDA ARROYO, César. “Los precedentes constitucionales”. En Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina, Año III. No. 5., enero-junio, Lima, 2007.
 49. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. “Tratado de Derecho Civil (PG)”. Décimo Cuarta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
 50. MARTÍNEZ ZORRILLA, David. “Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa”. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid – España, 2007
 51. MESINAS MONTERO, Federico G. “Guía de Jurisprudencias del Tribunal Constitucional para el Abogado Litigante”. Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2008.
 52. MIYAGUSUKU TOMAYA, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”. Primera Edición, Lima, 2004.

53. MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María. “Introducción a la Teoría del Derecho”. Marcial Pons Editores. Primera Edición, Madrid-España 2004.
54. MURILLO FLORES, Fernando. “Los obreros de construcción civil en las Municipalidades”. En Soluciones Laborales, año 6, número 67, julio 2013, Gaceta Jurídica.
55. MURO ROJO, Manuel; “La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Tomo 1 y 2, Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2006.
56. NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”. Segunda Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
57. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”. Quinta Edición, Ginebra, 2006.
58. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Centro Internacional de Formación. “Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales e internacionales. Recopilación de sentencias”. Turín-Italia, 2013.
59. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a. Reunión, 2012. “Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008”. Ginebra 2012.
60. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo”. Edición revisada 2009.
61. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1998.
62. PORTUGAL TEJADA, Uberto. “El trabajador en construcción civil en la doctrina del derecho del trabajo y en la legislación nacional”. Editorial Adrus S.R.L. Arequipa, 2008.
63. PUIG BRUTAU, José. “La jurisprudencia como fuente del Derecho”. Bosch, Barcelona, 1952.
64. PUNTRIANO ROSAS, César y otros. “El Derecho Laboral y Previsional en la Constitución”. Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2009.
65. QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. “Régimen Laboral de los trabajadores públicos”. Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2011.

66. RADBRUCH, G. “Introducción a la filosofía del derecho”. (Trad. J. Medina Echavarría, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933; es la traducción de la 3ª edición alemana de 1932).
67. RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. “Derecho del Trabajo: Relaciones individuales en la actividad privada”. Segunda Edición, Ediciones Tárpu, Lima, 1991.
68. RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. “El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En estudios al precedente constitucional, Palestra, Lima, 2007.
69. RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho”. Décima Edición, aumentada, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2015.
70. RUBIO ZEVALLOS, Isaac. “El Principio de Seguridad Jurídica en el Perú de Hoy”. En Revista IURIS OMNES de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Año VIII, Nro. 2-2006, Arequipa, pp. 97-105.
71. RUBIO ZEVALLOS, Isaac. “Vicisitudes del Régimen Laboral de Construcción Civil y los Gobiernos Locales a la luz de sentencias del TC”. En Revista IURIS OMNES de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Vol. XIV, Nro. 1-2012, Arequipa, pp. 192-201.
72. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho Constitucional del Trabajo: relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2007.
73. SANTOS LOYOLA, Carlos y otros. “La Administración Pública en la Constitución”. Primera Edición, Editorial El Búho, Lima, 2009.
74. SAYAN LARRABURE, Diego García; “Constitución Política del Perú y Tratados sobre Derechos Humanos”. Cuarta Edición, Editora Perú, Lima.
75. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Imprenta Editorial El Búho EIRL, Lima, 2013.
76. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho-”. Tercera Edición, IDEMSA, Lima 2008.
77. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derecho Individual del Trabajo”. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011.
78. TUPAYACHI SOTOMAYOR, Johnny (compilador). “El precedente vinculante del control constitucional de las decisiones electorales”. Comentado por José F.

Palomino Manchego en el Precedente Constitucional Vinculante en el Perú
(Análisis, comentarios y doctrina comparada). Editorial Adrus, 2009.

79. VASQUEZ CORTÉZ, Elcira. “Estudios sobre la jurisprudencia constitucional
en materia laboral y previsional”. Primera Edición, Editora Perú, Lima, 2004.

WEBGRAFÍA

- www.contraloria.gob.pe: Contraloría General de la República
- www.gacetajuridica.com.pe: Gaceta Jurídica.
- www.inei.gob.pe: Instituto Nacional de Estadística
- www.mintra.gob.pe: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
- www.oit.org.pe : Organización Internacional del Trabajo.
- www.pj.gob.pe: Poder Judicial del Perú
- www.tc.gob.pe: Tribunal Constitucional del Perú.
- www.solucioneslaborales.com.pe: Soluciones Laborales



ANEXOS

1. Proyecto de investigación



ANEXO 1

Proyecto de Investigación



**UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA
ESCUELA DE POST GRADO**



DOCTORADO EN DERECHO

PROYECTO DE INVESTIGACION:

**“LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN
LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE
CONSTRUCCIÓN CIVIL, EN LOS GOBIERNOS
LOCALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS”**

Presentado para optar el Grado Académico de
Doctor en Derecho, por el doctorando:

RUFO ISAAC RUBIO ZEVALLOS

AREQUIPA – PERU

2012

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

- I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO
 1. PLANTEAMIENTO DE INVESTIGACIÓN
 - 1.1. Enunciado del problema
 - 1.2. Descripción del problema
 - 1.2.1. Área de conocimiento
 - 1.2.2. Análisis de variables
 - 1.2.3. Interrogantes básicas
 - 1.2.4. Tipo y nivel de investigación
 - 1.3. Justificación
 2. MARCO TEÓRICO
 - 2.1. Términos básicos
 3. OBJETIVOS
 - 3.1. Objetivos generales
 - 3.2. Objetivos específicos
 4. HIPÓTESIS
- II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL
 1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
 2. CAMPO DE VERIFICACIÓN DE DATOS
 - 2.1. Ubicación espacial
 - 2.2. Ubicación temporal
 - 2.3. Universo y muestra
 3. ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS
 - 3.1. Medios
 4. CRONOGRAMA
 5. BIBLIOGRAFÍA
 6. ANEXOS

PRESENTACIÓN

El presente Proyecto de Investigación está elaborado de acuerdo a los requerimientos metodológicos actuales de la Universidad. Es mi deseo ofrecer a la Administración Pública en general, trabajadores y operadores del Derecho del Trabajo en su conjunto, una idea integral, ordenada y sistemática del Régimen Laboral de Construcción Civil y los Gobiernos Locales, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, desde mayo del 2011 a la fecha.

Sobre el tema del régimen especial aludido, se analizarán los Principios del Derecho del Trabajo como el de igualdad, in dubio pro operario e irrenunciabilidad de derechos. Del mismo modo se analizará, los Tratados y Convenios celebrados por el Perú, la legislación interna, las Sentencias del Tribunal Constitucional, particularmente, las que interpretando el Decreto Legislativo Nro. 727, como en el Expediente Nro. 3637-2010-PA/TC, Expediente Nro. 0325-2011-PA/TC, Expediente Nro. 1158-2011-PA/TC, Expediente Nro. 3949-2010-PA/TC, resuelve en el sentido que los Municipios no se encuentran dentro del ámbito de aquella norma y que no pueden contratar trabajadores bajo el Régimen de Construcción Civil, pues no son personas jurídicas que se dediquen a actividades de la construcción; así mismo, se analizará la Sentencia recaída en el Expediente Nro. 1216-2008-AA/TC que resuelve el tema de la jubilación anticipada en el Régimen laboral señalado; además, también se analizará legislación comparada. Asimismo, para mayor ilustración acerca del número de trabajadores involucrados en el régimen referido y que han sido contratados por el gobierno local de la municipalidad Provincial de Arequipa y otras entidades públicas, se efectuará una investigación de campo para conocer tal realidad y el impacto que tiene y que eventualmente puede generar conflictos de trabajo.

Finalmente, una investigación de este tipo tiene como objetivo, en primer lugar, coadyuvar de modo significativo, a un conocimiento más exacto del tema materia de análisis, entre los representantes, funcionarios y trabajadores de la Administración Pública en general; igualmente entre los operadores y estudiantes del Derecho del Trabajo; en segundo lugar, alcanzar una propuesta legislativa al Congreso de la República, en procura de alcanzar mayores niveles de justicia y de paz social en nuestro país, teniendo en cuenta que existen hoy en el Perú, muchísimos trabajadores que laboran en obras de construcción ejecutados por administración directa, por los gobiernos locales y entidades públicas como gobiernos regionales y otras.

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1.- PLANTEAMIENTO DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

“LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL, EN LOS GOBIERNOS LOCALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS”.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Ante la incertidumbre jurídica y jurisdiccional que se ha generado a raíz del parcial vacío legislativo y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre el Régimen de Construcción Civil y los gobiernos locales, se propone su análisis desde la perspectiva de los Principios del Derecho del Trabajo, con la finalidad de proponer su regulación de conformidad a la Constitución Política y las normas internacionales ratificadas por el Perú.

1.2.1. Área de Conocimiento

Campo: Ciencias Sociales

Área: Ciencias Jurídicas

Línea: Derecho Laboral Privado

1.2.2. Análisis de las variables

a) **Variable Independiente:** Los Principios del Derecho del Trabajo

Indicadores y sub indicadores

a.1 Principios Laborales

- Principio de Igualdad ante la ley.
- Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales.
- Principio del In dubio Pro Operario
- Principio de primacía de la realidad

b) **Variable dependiente:** El Régimen Laboral de Construcción Civil en los Gobiernos Locales y otras entidades públicas.

b.1. El Derecho Internacional relacionado al Régimen Laboral de Construcción Civil

- Tratados Internacionales suscritos por el Perú
- Convenios de la OIT ratificados por el Perú

b.2. Régimen legal

- Regulación normativa del Régimen Laboral de Construcción Civil

- Regulación normativa en la ejecución de obras por administración directa por gobiernos locales y otras entidades públicas.
- c) Jurisprudencia vinculante y ejecutorias de la justicia ordinaria
 - Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
 - Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.
 - Ejecutorias de órganos jurisdiccionales ordinarios.
- d) Derecho Comparado.
 - Regulación normativa de algunos países latinoamericanos, España, respecto del régimen laboral de construcción civil y su tratamiento por las entidades públicas.
- e) Consecuencias
 - e.1. De la inaplicación del Régimen de Construcción Civil por los gobiernos locales, regionales y otras entidades públicas
 - En los principios del Derecho del Trabajo
 - En remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo del trabajador
 - En la seguridad social del trabajador
 - Conflictividad social y litigiosidad
 - e.2. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil por los gobiernos locales y otras entidades del Estado, en obras de construcción con prescindencia de su valor.
 - En los principios del Derecho del Trabajo
 - En los gobiernos locales y otras entidades públicas
 - En los trabajadores del Régimen de Construcción Civil
 - e.3. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil conforme al Decreto Legislativo Nro. 727
 - En el principio de legalidad
 - En el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional
 - e.4. Consecuencia de la incertidumbre y de la deficiencia normativa
 - En el principio de seguridad jurídica

CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES
INDEPENDIENTE	LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	PRINCIPIOS LABORALES	<ul style="list-style-type: none"> - Principio de igualdad ante la ley. - Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. - Principio in dubio pro operario - Principio de primacía de la realidad
DEPENDIENTE	EL RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL EN LOS GOBIERNOS LOCALES Y OTRAS ENTIDADES PUBLICAS	EL DERECHO INTERNACIONAL RELACIONADO AL REGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL	<ul style="list-style-type: none"> - Tratados Internacionales suscritos por el Perú - Convenios de la OIT ratificados por el Perú
		REGIMEN LEGAL	<ul style="list-style-type: none"> - Regulación normativa del Régimen de Construcción Civil - Regulación normativa en la ejecución de obras por administración directa por gobiernos locales y otras entidades públicas
		JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y EJECUTORIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA	<ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia del Tribunal Constitucional - Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Social. - Ejecutorias de órganos jurisdiccionales ordinarios
		DERECHO COMPARADO	<ul style="list-style-type: none"> - Regulación normativa de algunos países latinoamericanos y España, respecto del régimen laboral de construcción civil en los gobiernos locales y otras entidades públicas
		EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA	<ul style="list-style-type: none"> -Municipalidad Prov. Arequipa -- Gobierno Regional de Arequipa - Otras entidades
		CONSECUENCIAS	<ul style="list-style-type: none"> a. De la inaplicación del régimen b. De la aplicación del régimen con prescindencia del valor de la obra. c. De la aplicación del régimen conforme al D.Leg. 727 d. Consecuencia de la incertidumbre y de la deficiencia normativa

1.2.3. Interrogantes básicas

- a. ¿En qué medida los Principios del Derecho del Trabajo deben ser aplicados para la regulación del Régimen Laboral de Construcción Civil en los gobiernos locales y entidades públicas en general?
- b. ¿Qué criterios vinculantes trae la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Constitucional y Social de la República, en la aplicación del régimen laboral de construcción civil, en los gobiernos locales y otras entidades públicas?
- c. ¿Las sentencias del Tribunal Constitucional, toman en cuenta los principios del Derecho del Trabajo y la normatividad del Régimen Laboral de Construcción Civil, en su aplicación por los gobiernos locales y otras entidades públicas?
- d. ¿Cuáles son las consecuencias de la inaplicación y de la aplicación del Régimen Laboral de Construcción Civil, por los gobiernos locales y otras entidades públicas, en el caso de ejecución de obras de construcción por administración directa?

1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación

- a. Por su finalidad: aplicada
- b. Por el tiempo que comprende: longitudinal
- c. Por el nivel de profundización: descriptiva y explicativa
- d. Por el ámbito: documental

1.3. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación es importante, porque se hará un estudio sobre el Régimen Laboral de Construcción Civil y la factibilidad de contratación de trabajadores dentro de dicho régimen, por los gobiernos locales y entidades públicas, para la ejecución de obras de construcción por administración directa, teniendo en consideración la insuficiencia normativa sobre el particular y además la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido que no es posible ello, sin considerarse que el Estado es quien debe en principio legislar de manera adecuada el tema, y luego cumplir con reconocer y pagar a los trabajadores correspondientes, conforme al Régimen de Construcción Civil, ya que lo contrario solo contribuye a afectar el principio de igualdad y a precarizar los derechos y beneficios laborales en el Perú.

Debe tenerse presente que en el Perú, se encuentran contratados muchos trabajadores, por los gobiernos locales y otras entidades públicas, en la ejecución de obras de construcción por administración directa, por tanto, las repercusiones de sus deficiencias, afecta de modo directo a igual número de trabajadores y de modo indirecto a todas las personas que dependen de ellos. Además, sin duda incrementa potencialmente la conflictividad social y también trae repercusiones económicas en las propias entidades públicas.

Es una investigación de la especialidad, pues el tema elegido resulta pertinente al Derecho; mediante él, se estudian los elementos y la naturaleza jurídica que inciden en la actividad del Estado y en el que además se analiza derechos esenciales que informan al Derecho Laboral.

Es absolutamente novedosa, pues actualmente está comenzando a presentarse a nivel de la judicatura, serios problemas de interpretación y de criterios discrepantes, en relación al tema materia de investigación, mas aún considerando que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante para toda autoridad y personas en general; por lo que, resulta necesario un análisis respecto del tema a la luz de los Principios del Derecho del Trabajo, no existiendo investigación al respecto.

Finalmente, esta investigación es útil porque va a permitir a las personas que la consulten, conocer un aspecto amplio del Régimen de Construcción Civil y la posibilidad de contratar trabajadores dentro de tal régimen por los gobiernos locales y entidades públicas en general, contribuyendo a que su aplicación sea con observancia de los Principios del Derecho Laboral; por lo tanto, sea más justa y, eventualmente, los planteamientos de regulación legislativa, puedan ser acogidos por el Congreso de la República.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. TÉRMINOS BÁSICOS

NOCIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

Para Bendezú Manrique¹³⁷, el Régimen Laboral de Construcción Civil, viene a ser el ordenado estudio y análisis de nuestras instituciones legales laborales, referidas, principalmente, a los convenios sobre condiciones de trabajo en la actividad constructora, constituyen el Derecho del Trabajo en Construcción Civil”.

NOCIÓN DE TRABAJADOR DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

Como señala Bendezú Manrique¹³⁸, el “Trabajador de construcción civil es toda persona física que realiza, libremente y de manera eventual o temporal, una labor de construcción para otra persona jurídica o natural dedicada a la actividad de la construcción, con relación de dependencia y a cambio de una remuneración”.

NOCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA

¹³⁷ BENDEZÚ MANRIQUE, Mario. Derecho del Trabajo en Construcción Civil. Editorial Educativa INIDE. Lima 1983

¹³⁸ BENDEZÚ MANRIQUE, Mario. Derecho del Trabajo en Construcción Civil. Editorial Educativa INIDE. Lima 1983

Son las obras de construcción que las entidades públicas, como gobiernos locales, gobiernos regionales y otras entidades, ejecutan directamente, denominado por administración directa, esto es, a través de su propio aparato administrativo. En nuestro país, es posible que tales obras puedan ser ejecutadas también, por concesión a través del proceso de adquisiciones y contrataciones con el Estado, en cuyo caso la ejecución corre a cargo de la empresa ganadora de la buena pro.

PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO

En relación a los Principios Generales del Derecho, señala COVIELLO que “Los Principios Generales del Derecho son los fundamentales de la misma legislación positiva, que no encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción se deben deducir exclusivamente. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de Derecho Romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tiene valor no porque son puramente racionales, éticos o de Derecho Romano o científico, sino porque han formado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente”¹³⁹.

Con Plá RODRÍGUEZ, se tiene a los principios del Derecho de Trabajo, como las líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones, y sirven en diversas fases de la vida normativa.

Por su parte Neves MUJICA¹⁴⁰, señala “para la producción de las normas, momento en el que debe acudir al carácter protector del Derecho de Trabajo; para su interpretación, actividad en la cual el principio apropiado es el *In dubio pro operario*; para su aplicación, oportunidad en la que resolvemos un conflicto, mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas, a través de la condición más beneficiosa; y para su sustitución, supuesto en el cual acudimos a los métodos de integración”.

Entonces, en cuanto a los Principios del Derecho del Trabajo, ciertamente constituyen la guía directriz en la interpretación y aplicación del Derecho del Trabajo; de ahí su enorme trascendencia, de que sirve: al legislador para poder emitir las normas que se enmarquen dentro de tales principios, al juez en la aplicación e interpretación de las normas laborales al caso concreto; y también a los estudiosos de esta materia en un trabajo de análisis doctrinario.

¹³⁹ COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*, traducción española, México, 1938, pg. 96

¹⁴⁰ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2003. Pág. 101

PRINCIPIOS LABORALES APLICABLES AL RÉGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

El Régimen de construcción civil, ciertamente es de naturaleza laboral, está regido por las normas laborales contenidas en la Constitución, y esto supone, que se rige por los Principios Laborales señalados en el artículo 26° de la mencionada, además de todos los principios inherentes a nuestro ordenamiento laboral, aunque sin duda con las peculiaridades del régimen, como son la temporalidad, la ubicación variable.

PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

El maestro Plá RODRÍGUEZ señala “El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”¹⁴¹.

Nuestra normativa, sobre Inspecciones del Trabajo señala, “principio de la realidad es, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales deben siempre privilegiarse los hechos constatados”.¹⁴² El Tribunal Constitucional igualmente ha señalado conceptos concordantes con lo referido líneas arriba, por lo que, el principio referido tiene, no sólo sustento formal, sino que – ciertamente- es aplicado con mucha frecuencia en la solución de las controversias judiciales sobre la materia, ya que se dan supuestos, como por ejemplo de contratos de locación de servicios cuando en realidad son contratos de trabajo, o contratos de trabajo sujetos a modalidad cuando en realidad son indeterminados y otras series de casos.

IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

Con Plá RODRÍGUEZ, la noción de irrenunciabilidad se puede expresar en la siguiente forma “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho laboral en beneficio propio”¹⁴³.

Por su parte, Neves MUJICA, señala “pues bien, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con invalidez la transgresión de esta regla”¹⁴⁴.

¹⁴¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del derecho del trabajo. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 313.

¹⁴² Artículo 2 numeral 2 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

¹⁴³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 118.

¹⁴⁴ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2003. Pág. 103

Alonso OLEA¹⁴⁵, nos dice, “el principio de irrenunciabilidad, junto con el de invalidez de la exclusión de ley, ha sido ya aludido en la medida en que sobre él reposa el principio de norma mínima y explica el porqué de la aplicación de la más favorable para el trabajador. Pero su consideración estricta pertenece al estudio de la relación entre norma y pacto individual, que seguida y brevemente se hace”.

Nuestra Carta Magna, lo ha consagrado en el artículo 26° inciso 2, señalando que en la relación laboral se respeta, entre otros, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

En consecuencia, el Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales se encuentra no solamente reconocido por la doctrina sino que, en el caso peruano, ha sido elevado a precepto constitucional, aunque ciertamente existe alguna controversia en relación a los derechos que se encuentran dentro de su manto protector; esto es, en determinar cuáles son derechos indisponibles y cuáles disponibles, así por ejemplo, los sustentados en un convenio colectivo y otros supuestos.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

El Tribunal Constitucional¹⁴⁶ conceptúa al principio de igualdad de la siguiente manera: “la cláusula de igualdad, del inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, no contiene un mandato de trato igual a todos, no importando las circunstancias en las que se encuentren, sino una exigencia de trato igualitario si se encuentra en una situación análoga, y de trato desigualitario si no se está en igualdad de condiciones. Detrás de esta última exigencia –también se ha dicho-, para que un trato diferenciado no resulte lesivo de la cláusula de igualdad es preciso que este se sustente en razones objetivas y razonables, quedando proscrito, por tanto, cualquier tratamiento diferenciado que solo se sustente en razones subjetivas, como el sexo de una persona, su raza, opción política, religiosa, idioma, origen, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Siendo así, lo que se consagra es el trato igual para los iguales y el trato diferenciado para los desiguales.

Conforme precisa Quispe Chávez¹⁴⁷, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como en un amplio sector de la doctrina, existe una concepción unitaria en el sentido de identificar al derecho fundamental de no discriminar como una manifestación del derecho a la igualdad. Ello tiene como antecedente, como bien anota Del Carpio Torres, la regulación conjunta de ambos derechos fundamentales en nuestra Constitución, siguiendo la tradición española e italiana, lo que se observa en los artículos 2.2 y 26 inciso 1) de la Carta Magna:

¹⁴⁵ ALONSO OLEA, Manuel y CASA BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. Civitas Ediciones, S.L. Decimonovena Edición, Madrid 2001. Pág. 967

¹⁴⁶ SENTENCIA DE EXPEDIENTE NRO. 3360-2004-AA, del 30-11-2005, Fundamento 14.

¹⁴⁷ QUISPE CHAVEZ, Gustavo Francisco. SOLUCIONES LABORALES. GUIA OPERATIVA 1. GACETA JURÍDICA S.A., LIMA 2010, pag. 10.

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

2.2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole (...).”

“Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. (...).”

Particularmente, no creemos que exista una identidad entre ambos conceptos, siendo la igualdad y discriminación figuras distintas. Así, el derecho a no ser discriminado es un concepto autónomo y se relaciona con la sanción del trato desigual que tiene como motivo o razón prohibida la afectación de la dignidad de la persona humana de determinados grupos sociales segregados y tiene una vocación progresiva que permite la inclusión de nuevos supuestos en la medida que aparezcan nuevos grupos que merezcan la protección de su dignidad humana (por ejemplo, los portadores de VIH). En cambio, el derecho a la igualdad tiene una connotación de derecho no autónomo, sino relacional, requiriendo necesariamente vincularse a otro derecho para configurarse materialmente: “funciona en la medida que se encuentra conectado o ligado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales”. Es decir, se trata de un derecho abstracto en la medida que se encuentre vinculado con otro derecho; a diferencia de la discriminación que está relacionada con actos concretos que afectan la dignidad de la persona.

Esta diferenciación es muy relevante frente a la aplicación de ambas figuras en los regímenes laborales privado y público. Así, consideramos que dentro del Sector Privado no se puede aplicar el derecho a la igualdad sino solamente el principio de no discriminación, porque una aplicación a ultranza del principio de igualdad eliminaría radicalmente la autonomía privada y la libertad personal del empleador. Por el contrario, en el caso de que el empleador sea el Estado la percepción cambia toda vez que la Administración está obligada a seleccionar y promover “lo mejor”. No puede usar criterios subjetivos al momento de seleccionar o conceder alguna prerrogativa- ni mucho menos por su papel tutelar de los derechos fundamentales- aplicar criterios diferenciadores que afecten la dignidad humana. En ese sentido, consideramos que la Administración Pública- a diferencia de los empleadores privados – tiene que aplicar en sus relaciones laborales criterios de selección basados en el derecho a la igualdad.

En esa línea, desde nuestra perspectiva, a través del principio de igualdad en el Régimen de Construcción Civil, debiera existir un tratamiento igualitario, por el empleador privado y por el empleador entidad pública, debiéndose excluir cualquier margen o espacio de trato diferenciado solo por el hecho de ser el empleador una entidad pública, cuando se trata del desarrollo de una misma actividad, como es el de la construcción civil.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO

Con Plá RODRÍGUEZ, el In Dubio pro Operario es el criterio según el cual en caso de que una norma se puede entender de varias maneras, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador.

En nuestra Carta Magna, este principio se encuentra recogido en el artículo 26° inciso 3, señalando que en la relación laboral se respeta, entre otros, el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. De lo precisado se concluye que el In Dubio pro Operario sólo es para el supuesto de duda en la interpretación de una norma, mas, no resulta aplicable para el caso de duda en la acreditación de hechos como sí, en este sentido lo establecía la Constitución de 1979. Por otro lado, para aplicar el referido principio, es necesario agotar los sistemas de interpretación reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y no antes.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el ámbito del Derecho Administrativo, la legalidad es uno de los principios más importantes ya que establece como regla, que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines buscados en ellas.

La Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴⁸, señala que “los derechos y obligaciones que generan el servicio civil se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política, leyes y reglamentos”, lo que consagra precisamente el principio de legalidad.

CONTRATO DE TRABAJO

En su noción básica, es la prestación de servicios personales a cambio de una remuneración y donde existe subordinación, tal como lo prevé el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aquellos son los elementos del contrato de trabajo.

En relación a la prestación personal de los servicios, se entiende que el trabajador es el que debe hacerlo de modo directo y personal, aunque es posible -por excepción- que tratándose del trabajo a domicilio, pueda ser ayudado por sus familiares directos.

En cuanto a la remuneración, es la contraprestación económica que recibe el trabajador efectuada por el empleador, precisamente por el servicio prestado.

En cuanto a la subordinación, la misma contiene varios sub elementos como son:

¹⁴⁸ Ley N° 27444

- a. Facultad de Dirección: Es aquella virtud en la cual el empleador ejerce la dirección y organización de las actividades en el centro laboral. Parte de esas funciones de dirección es la aprobación de documentos como el Reglamento Interno de Trabajo.
- b. La facultad de Fiscalización: Es aquella en virtud de la cual el empleador puede controlar el cumplimiento de las labores encomendadas a sus trabajadores, valiéndose, para ello, de sistemas diversos; sin embargo, dicha facultad no puede afectar derechos fundamentales de la persona del trabajador, como podrían ser el atentar contra su intimidad y otros.
- c. Facultad Disciplinaria: Es aquella en virtud de la cual el empleador puede sancionar a los trabajadores que incurren en alguna infracción laboral; sin embargo, la misma debe ser ejercida respetando el Principio de Proporcionalidad, a efectos de que la sanción a imponer guarde correspondencia con la gravedad de la infracción. También, dentro de esta facultad del empleador, corresponde tener presente que se encuentra prohibido imponer doble sanción por los mismos hechos, ya que ello importaría un ejercicio abusivo de su facultad.
- d. Ius Variandi: Es la facultad que tiene el empleador de poder modificar las condiciones de trabajo, como son el horario, la jornada, etc.; sin embargo, aquí también corresponde que el empleador observe el Principio de Razonabilidad, ya que sus decisiones deberán tener algún sustento, o de lo contrario podrían resultar ser arbitrarias.

OBRERO DEL REGIMEN LABORAL COMUN

Dentro de la administración pública, existen trabajadores empleados y obreros, ambos con la posibilidad legal de ser permanentes y que ciertamente lo son para desarrollar labores de tal naturaleza.

Conforme al Reglamento de la Carrera Administrativa¹⁴⁹, entiéndase por Servidor Público “al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares.

Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a ley”.

Por su parte los obreros, son aquellos trabajadores que realizan labores manuales, de modo preponderante.

¹⁴⁹ Artículo 3 del Decreto Supremo N° 005-0-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa regulado por el Decreto Legislativo N° 276.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

De la revisión de diferentes centros documentales en la Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional de San Agustín y en la Universidad Católica San Pablo, así como de las bibliotecas del Colegio de Abogados y la Corte Superior de Justicia, todos ellos ubicados en la ciudad de Arequipa, se ha podido verificar que no existen trabajos de investigación referidos al tema materia de la presente tesis.

4. OBJETIVOS

4.1.General

Determinar en qué medida los Principios del Derecho del Trabajo modificarían la regulación del Régimen laboral de Construcción Civil, en el caso de trabajadores dependientes de gobiernos locales y otras entidades públicas, cuando ejecutan obras de construcción por administración directa.

4.2.Específicos

- a) Identificar y analizar los criterios vinculantes que trae la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Constitucional y Social de la República, en la aplicación del régimen laboral de construcción civil, en los gobiernos locales y otras entidades públicas.
- b) Conocer si las sentencias del Tribunal Constitucional, toman en cuenta los principios del Derecho del Trabajo y la normatividad del Régimen Laboral de Construcción Civil, en su aplicación por los gobiernos locales y otras entidades públicas?
- c) Conocer cuáles son las consecuencias de la inaplicación y de la aplicación del Régimen Laboral de Construcción Civil, por los gobiernos locales y otras entidades públicas, así como de las consecuencias de la incertidumbre y deficiencia normativa.

5. HIPÓTESIS

TENIENDO EN CUENTA QUE:

- a. El Régimen Laboral de Construcción Civil regula parcial y deficientemente la contratación de trabajadores por el Estado, en caso de ejecución de obras de construcción por administración directa.
- b. El Tribunal Constitucional peruano ha establecido que los gobiernos locales no están comprendidos dentro del Decreto Legislativo 727 y que no pueden contratar trabajadores del Régimen de Construcción Civil.
- c. La justicia ordinaria tiene criterios discrepantes en relación a la contratación de trabajadores dentro del Régimen de Construcción Civil, por los gobiernos locales y las entidades públicas en general

- d. El régimen laboral de construcción civil debe completarse su regulación al amparo de los Principios del Derecho del Trabajo, en cuanto a su aplicación por los gobiernos locales y otras entidades públicas.

ES PROBABLE QUE:

Deba mejorarse (ampliarse o completarse), la regulación normativa del Régimen Laboral de Construcción Civil, respecto a la contratación de trabajadores de los gobiernos locales y otras entidades del Estado, que permita el pleno cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores sujetos a dicho régimen.

CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TECNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTOS
INDEPENDIENTE	LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	PRINCIPIOS LABORALES	- De igualdad ante la ley. - In dubio pro operario - Primacía de la realidad. - Irrenunciabilidad de los derechos laborales.	- Observación documental	- Fichas Bibliográficas - Ficha Documental - Libreta de apuntes
DEPENDIENTE	EL REGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL, EN LOS GOBIERNOS REGIONALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS	TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES RELACIONADOS AL REGIMEN DE CONSTRUCCIÓN CIVIL	- Tratados Internacionales suscritos por el Perú - Convenios de la OIT	- Observación documental	- Ficha Documental - Fichas Bibliográficas
		REGIMEN LEGAL	- Del Régimen de Construcción Civil - De la ejecución de obras por administración directa por los gobiernos locales y otras entidades públicas	- Observación Documental	- Ficha Documental - Fichas Bibliográficas
		JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y EJECUTORIAS DE ORGANOS JURISDICCIONALES ORDINARIOS	- Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional - Jurisprudencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social. - Ejecutorias de órganos jurisdiccionales ordinarios	- Observación documental - Revisión de contenido	- Ficha Documental - Fichas Bibliográficas
		DERECHO COMPARADO	- Regulación normativa de algunos países latinoamericanos y España, respecto del régimen laboral de Construcción Civil	- Observación documental	- Ficha Documental - Fichas Bibliográficas
		CONSECUENCIAS	a) De la inaplicación del régimen b) De la aplicación del régimen con prescindencia del valor de la obra. c) De la aplicación del régimen conforme al D.Leg. 727 d) Consecuencia de la incertidumbre y de la deficiencia normativa	- Observación documental	- Ficha Documental

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Variable independiente: observación documental, fichas bibliográficas, cuadros comparativos y matrices de registro.

Variable dependiente: observación documental, fichas bibliográficas, ficha documental y cuadros comparativos.

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.

- 2.1. Ubicación Espacial de la Investigación: El Régimen Laboral de Construcción Civil se ubica en el régimen laboral de la actividad privada y es de ámbito nacional.
- 2.2. Ubicación Temporal de la Investigación: El periodo de investigación comprende el 2011 y 2012, en que se publican las sentencias del Tribunal Constitucional como la recaída en el Expediente Nro. 00325-2011-PA/TC.
- 2.3. Universo y Muestra: Para la investigación documental, se encuentra determinada por 10 Sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional, de 5 sentencias expedidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia y, 5 resoluciones con criterios discrepantes de la judicatura ordinaria, así como toda la normativa que regula el Régimen Laboral de Construcción Civil en los gobiernos locales y otras entidades públicas. Así mismo, la verificación en el Sistema electrónico de contrataciones del Estado –SEACE-, respecto de la Municipalidad Provincial de Arequipa, Gobierno Regional de Arequipa y el Ministerio de Transportes (PROVIAS), de la ejecución de obras de construcción por administración directa.

Se completa la investigación, pidiendo en base a la ley de transparencia, se proporcione por el Municipio Provincial de Arequipa, Gobierno Regional y Dirección de Transportes, respecto del número de obras de construcción por administración directa, así como el número de trabajadores contratados para tal fin.

3. ESTRATÉGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La información que se requiere para la presente investigación será recogida por el propio investigador y el apoyo de una colaboradora estudiante del último año del Programa de Derecho. En cuanto a la parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica Santa María, de la

Universidad Nacional de San Agustín, Colegio de Abogados de Arequipa, la biblioteca personal, así como la que se obtenga vía internet.

Conforme a la Técnica e Instrumento determinado para la presente investigación, el recojo de la información requerida será a través de fichas bibliográficas, libreta de apuntes para poder elaborar cuadros comparativos.

Asimismo, se obtendrá información, respecto al número de trabajadores contratados por la Municipalidad Provincial de Arequipa, el Gobierno Regional y la Dirección de Transportes en la ciudad de Arequipa, en la ejecución de obras de construcción por administración directa, con el objeto de poder graficar la trascendencia del tema. Dicha información se obtendrá por dos grupos de dos personas cada uno, para lo cual se utilizarán fichas documentales y matriz de registro, conforme a los anexos.



3.1. MEDIOS

A. Recursos Humanos

DENOMINACIÓN	N	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Dirección de proyecto y ejecución	1	20.00	90	1800.00
Colaboradores	1	20.00	30	600.00
Digitador/ diagramador de gráficos	1	10.00	7	70.00
TOTALES	4	50.00	127	2470.00

B. Recursos materiales y bienes y servicios

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel bond	2000	46.00
Ficha Bibliográficas y documentales	1200	120.00
Cartucho tinta de impresión	2	90.00
Copias fotostáticas	300	30.00
Anillado	5	30.00
Uso de computadora	1	100.00
Movilidad	-	250.00
TOTAL		666.00

C. Costo total del Proyecto de Investigación

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recursos Humanos	2470.00
Recursos materiales, bienes y servicios	666.00
COSTO TOTAL GENERAL	3136.00

3.2 CRONOGRAMA DE TRABAJO

AÑO 2012

ACTIVIDADES	JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Preparación del Proyecto	X	X	X	X	X																			
Aprobación del Proyecto						X	X	X																
Recolección de Información							X	X	X	X	X													
Análisis y Sistematización de Datos												X	X	X	X									
Conclusiones y Sugerencias															X	X								
Preparación del Informe																	X	X	X	X				
Presentación del Informe final																					X	X		



3.3. ESQUEMA DEL CONTENIDO DE LA TESIS

TITULO I

MARCO CONCEPTUAL

CAPITULO I

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. Algunos conceptos
2. Principio de igualdad
3. Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales
4. Principio in dubio pro operario
5. Principio de primacía de la realidad

CAPITULO II

EL PRECEDENTE VINCULANTE, LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. El precedente vinculante
2. La doctrina constitucional
3. La jurisprudencia constitucional
4. El precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia
5. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

TITULO II

EL REGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL EN LOS GOBIERNOS LOCALES Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

CAPITULO I

EL DERECHO INTERNACIONAL RELACIONADO AL REGIMEN LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

1. Tratados Internacionales suscritos por el Perú
2. Convenios de la OIT ratificados por el Perú

CAPITULO II

REGIMEN LEGAL

1. Regulación normativa del Régimen Laboral de Construcción Civil

1.1. D.S. de 20 de enero de 1921, que regula las obligaciones que deben cumplir los constructores para garantizar los derechos y beneficios de los obreros de construcción.

1.2. D.S. de 23 de octubre de 1942, que regulaba por primera vez el monto que percibirán los trabajadores en construcción civil por concepto de indemnización o compensación por tiempo de servicios con un importe del 4.8% del monto total del salario.

1.3. D.S. de 02 de marzo de 1945, que efectúa la clasificación de los obreros de construcción civil en operarios, oficiales y peones.

1.4. Resolución Suprema Nro. 27 D.T. de 15 de marzo de 1958

1.5. D.S. Nro. 07-77-TR

1.6. Decreto Legislativo Nro. 727

2. Regulación normativa en la ejecución de obras por administración directa por los gobiernos locales y otras entidades públicas

- 2.1. Respecto de gobiernos locales
- 2.2. Respecto de gobiernos regionales
- 2.3. Respecto de otras entidades públicas

CAPITULO III

JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y EJECUTORIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA

1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
2. Jurisprudencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.
3. Ejecutorias de órganos jurisdiccionales ordinarios
4. Pleno Jurisdiccional Distrital de Arequipa en materia laboral 2012

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

1. España
2. Chile
3. Guatemala
4. Colombia



TITULO III

EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA Y CONSECUENCIAS

CAPITULO I

EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA

1. Por la Municipalidad Provincial de Arequipa
2. Por el Gobierno Regional de Arequipa
3. Otras entidades públicas

CAPITULO II

CONSECUENCIAS:

1. De la inaplicación del Régimen de Construcción Civil por los gobiernos locales, regionales y otras entidades públicas
 - En los principios del Derecho del Trabajo
 - En remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo del trabajador
 - En la seguridad social del trabajador
 - Conflictividad social y litigiosidad.
2. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil por los gobiernos locales y otras entidades del Estado, en obras de construcción con prescindencia de su valor.
 - En los principios del Derecho del Trabajo
 - En los gobiernos locales y otras entidades públicas
 - En los trabajadores del Régimen de Construcción Civil
3. De la aplicación del Régimen de Construcción Civil conforme al Decreto Legislativo Nro. 727
 - En el principio de legalidad
 - En el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional
4. Consecuencia de la incertidumbre y de la deficiencia normativa
 - En el principio de seguridad jurídica

CONCLUSIONES

SUGERENCIAS

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

1. Proyecto de investigación
2. Sentencias del Tribunal Constitucional
 - STC Expediente Nro. 0325-2011-PA/TC
 - STC Expediente Nro. 3637-2011-PA/TC
 - STC Expediente Nro. 1158-2011-PA/TC
 - STC Expediente Nro. 3949-2010-PA/TC
3. Casaciones de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica.
4. Pleno jurisdiccional distrital de Arequipa, en materia laboral 2012

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

80. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONTE, María Emilia. “Derecho del Trabajo”. Decimonovena Edición. Cevitas Editores S.L. Madrid, 2001.
81. BADENI, Gregorio. “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo I y II. Segunda Edición. Buenos Aires, 2006.
82. BEAUDONNET, Xavier. “Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho”. Primera Edición. Segunda Edición. Turín, Italia, 2010.
83. BENDEZÚ MANRIQUE, Mario. “Derecho del Trabajo en Construcción Civil. SENCICO. Editorial Educativa INIDE. Lima 1983.
84. DE LAMA LAURA, Manuel y otros. “Jurisprudencia Laboral para el abogado litigante”. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2011.
85. DIAZ QUINTANILLA, Raquel. Seguridad y Salud en las Regímenes Laborales Especiales. Soluciones Laborales. Editorial El Búho EIRL. Lima 2011.
86. GONZÁLES RAMIRES, Luis Álvaro y DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “Desnaturalización en las relaciones laborales: situaciones de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros”. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2010.
87. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “Diálogo con la Jurisprudencia”. Tomo 145. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2010.
88. LANDA ARROYO, César. “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Tomo 2. Lima, 2005.
89. MESINAS MONTERO, Federico G. “Guía de Jurisprudencias del Tribunal Constitucional para el Abogado Litigante”. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2008.
90. MIYAGUSUKU TOMAYA, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”. Primera Edición. Lima, 2004.
91. MURO ROJO, Manuel; “La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Tomo 1 y 2. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2006.
92. NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003.
93. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Argentina, 1998.
94. PORTUGAL TEJADA, Uberto. “El trabajador en construcción civil en la doctrina del derecho del trabajo y en la legislación nacional”. Editorial Adrus S.R.L. Arequipa 2008.
95. PUNTRIANO ROSAS, César y otros. “El Derecho Laboral y Previsional en la Constitución”. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2009.
96. QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. “Régimen Laboral de los trabajadores públicos”. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2011.

97. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho Constitucional del Trabajo: relaciones de trabajo en la jurisprudencia del tribunal Constitucional”. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2007.
98. SANTOS LOYOLA, Carlos y otros. “La Administración Pública en la Constitución”. Primera Edición. Editorial El Búho. Lima, 2009.
99. SAYAN LARRABURE, Diego García; “Constitución Política del Perú y Tratados sobre Derechos Humanos”. Cuarta Edición. Editora Perú. Lima.
100. VASQUEZ CORTÉZ, Elcira. “Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional”. Primera Edición. Editora Perú. Lima, 2004.

WEBGRAFÍA

- www.oit.org.pe : Organización Internacional del Trabajo.
- www.mintra.gob.pe: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
- www.tc.gob.pe: Tribunal Constitucional del Perú.
- www.gacetajurídica.com.pe: Gaceta Jurídica.
- www.solucioneslaborales.com.pe: Soluciones Laborales



5. ANEXOS

ANEXO 01

FICHA DOCUMENTAL

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

Fuente: _____

Indicador: _____

Características:

-
-
-
-
-
-
-

Comentario: _____

Fecha _____

ANEXO 02

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Nombre de Autor:

Título de la Obra:

Editorial, lugar, año:

Nombre de la Biblioteca:

Código:



ANEXO 03

MATRIZ DE REGISTRO

MATRIZ DE REGISTRO

Nro. de Expediente:

Órgano Judicial:

Materia:

Motivo del reclamo:

Despacho Judicial:

Estado:

Sentido del pronunciamiento:

Principio invocado en la demanda:

ANEXO 04

MATRIZ DE REGISTRO

MATRIZ DE REGISTRO

Entidad Pública:

Nro. De Obras de construcción

por administración directa:

Valor de las obras:

Número de trabajadores: