

El principio de igualdad y no discriminación: una revisión en los casos de contratación (acceso al trabajo) de obreros en la Municipalidad Provincial de Cajamarca

The principle of equality and non-discrimination: a review of the cases of recruitment (access to work) of workers in the Provincial Municipality of Cajamarca

MIGUEL ALEJANDRO ARENAZA VÁSQUEZ*

Universidad Privada del Norte
(Cajamarca, Perú)
Contacto: miguelarenaza@outlook.com
<https://orcid.org/0000-0002-4565-6770>

RESUMEN: El propósito de este trabajo estuvo orientado en mostrar los resultados respecto a una investigación que tuvo como finalidad establecer de qué modo la contratación de personas que se desempeñan como obreros en la Municipalidad Provincial de Cajamarca mediante contratos distintos al régimen laboral general de la actividad privada afecta el principio de igualdad y no discriminación laboral. Para lo cual, nos enfocamos en brindar los alcances más importantes sobre la igualdad y no discriminación, que permitió interpretarlo tanto en el ámbito internacional como nacional; establecimos el marco normativo aplicable a las personas que se desempeñan como obreros. Paralelamente, se analizaron pronunciamientos jurisdiccionales que permitieron analizar la discriminación laboral durante el acceso al trabajo de dichas personas; y, finalmente, se determinó la afectación de los derechos laborales específicos e inespecíficos afectados ante la vulneración del principio bajo estudio.

PALABRAS CLAVE: Acceso al trabajo, obreros, igualdad, no discriminación, derechos laborales.

ABSTRACT: The purpose of this work was oriented to show the results regarding an investigation whose purpose was to establish how the hiring of people who work as workers in the Provincial Municipality of Cajamarca through contracts other than the general labor regime of the private activity affects the principle of equality and non-discrimination at work. For which, we focus on providing the most important scope on equality and non-discrimination, which allowed it to be interpreted both internationally and nationally; We established the regulatory framework applicable to people who work as workers. At

* Abogado por la Universidad Privada del Norte – Sede Trujillo. Presidente del Círculo de Estudios e Investigaciones del Trabajo (CEITRA) y miembro del Estudio Valdez Vásquez abogados laboristas.

the same time, jurisdictional pronouncements were analyzed that made it possible to analyze labor discrimination during the access to work of said people; and, finally, the affectation of the specific and non-specific labor rights affected by the violation of the principle under study was determined.

KEYWORD: access to work, workers, equality, non-discrimination, labor rights.

Recibido: 04/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de discriminación e igualdad laboral. 1. *Manifestaciones jurídicas de la igualdad y no discriminación en el Perú.* III. Marco normativo de la contratación laboral de obreros en el Perú. 1. *Sobre las personas que trabajan en la Administración Pública.* 2. *Normas regulatorias del personal obrero en el Perú.* 3. *El acceso al empleo público como obrero.* 4. *Sobre la fiscalización laboral a los obreros municipales.* IV. Análisis de casos. 1. *Caso de obrero viverista vinculado sin contrato.* 2. *Caso de obrero serenazgo vinculado mediante contrato CAS.* 3. *Caso de obrero de limpieza pública vinculado con contratos de locación.* 4. *Caso de obrero de limpieza pública vinculado sin contrato.* 5. *Análisis articulado.* V. Conclusiones. Referencias.



“La desigualdad de los derechos es precisamente la condición para que haya derechos” (p. 55).

Nietzsche (1895)

I. INTRODUCCIÓN

El numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (CPP) consagra de manera genérica que toda persona ostenta el derecho fundamental a la “Igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por ningún motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole”; y, de manera específica, en cuanto a las relaciones laborales, el numeral 1 del artículo 26 de la CPP preceptúa la “igualdad de oportunidades sin discriminación”. Normas fundamentales que, a su vez, en reiteradas oportunidades, fueron objeto de pronunciamientos tanto por el Tribunal Constitucional -máximo intérprete de la CPP- como de la Corte Suprema de Justicia de la República. Muestra de esta operatividad jurídica es que de un tiempo a la actualidad es recurrente que las personas que trabajan, ya sea que pertenezcan al sector público o privado, acuden al órgano jurisdiccional (Poder Judicial) en busca de tutela jurisdiccional efectiva, con el fin de que, por ejemplo, se les

reconozcan (indistintamente de cómo se planteen las pretensiones) ciertos derechos laborales, entre los más frecuentes están los relativos a la homologación de remuneraciones sobre la base de la existencia de una igualdad laboral manifestada en idéntica categoría, cargo y funciones desarrolladas y, consecuentemente, el reintegro de tales remuneraciones aunadas -de ser el caso- con el reintegro de beneficios sociales por incidencia de dicha homologación remunerativa.

De la realidad expuesta, resulta ambicioso, pero fuera de nuestro alcance, poder realizar un análisis en todo el territorio peruano que nos conlleve a verificar los casos en los cuales se presente o este ausente este principio. No obstante, sobre la base de que respecto a los obreros al servicio la Administración Pública (AP) el Tribunal Constitucional (2015) considera que:

Se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad y pobreza, tomando en cuenta que se encuentran expuestos a una precariedad institucional, más aún si tomamos en consideración, contrataciones fraudulentas que buscan desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste. (p. 3)

Con lo cual la realidad laboral de este grupo de personas y la ocasión académica ameritara dicho estudio. Por ello, entendiendo al Estado peruano como empleador en distintos niveles, con fines metodológicos creemos conveniente restringir nuestro objeto de estudio a un ámbito específico y concreto, para ser precisos sobre aquellos procesos en donde la persona que trabaja en el cargo de obrero a quien le corresponde ser contratado bajo los alcances del régimen laboral general de la actividad privada, es contrariamente vinculado mediante contrato de locación de servicios y en el mejor de los casos a través de contratos administrativos de servicios (regulado mediante Decreto Legislativo Nro. 1057 y sus normas reglamentarias) en la Municipalidad Provincial de Cajamarca (MPC), entidad pública en donde pareciese que ‘abundaran’ este tipo de situaciones, tal como expondremos más adelante.

En ese sentido, conscientes que la igualdad es un componente presente en distintas disciplinas como la economía, sociología, filosofía, y, por supuesto, también en las ciencias jurídicas. Tal es así que el fin de la presente investigación se centra en analizar de qué modo la contratación de personas que se desempeñan como obreros en la MPC mediante contratos distintos al régimen laboral general de la actividad privada regulado en el Texto Único Ordenado del Decreto

Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (Decreto Legislativo Nro. 728) afecta el principio de igualdad y no discriminación laboral.

Si bien existen antecedentes académicos sobre el referido principio laboral, los mismos están orientados en analizar su influencia de la homologación respecto a la remuneración y sus posibles incidencias en el pago o no de beneficios sociales, dejando de lado que, en una relación jurídica de naturaleza laboral, la persona que trabaja primero pertenece a un régimen laboral, que conlleva a la titularidad de derechos laborales específicos e inespecíficos, los cuales tienen una indudable repercusión en la sociedad. Si bien *prima facie* puede existir una vulneración a la remuneración percibida nada impide que existan otros derechos dejados de lado por el Estado en su rol de empleador.

En ese contexto, surgen las siguientes incógnitas: ¿Cuáles son las principales sentencias que desarrollan a los componentes de este principio laboral? ¿Cuáles son los derechos laborales específicos e inespecíficos de las personas contratadas para desempeñarse en el cargo de obrero en la MPC afectados ante la vulneración del principio de igualdad y no discriminación laboral? ¿En los procesos judiciales sobre este tipo de casos está presente el principio aludido? ¿Cuál es la situación actual de la fiscalización laboral que garantizan el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación laboral de las personas que se desempeñan en el cargo obrero en la MPC?

Con la finalidad de dar respuesta a nuestra pretensión académica, debemos indicar que este estudio se cimentó en parámetros de la investigación socio jurídica. Interesándonos conocer si la normativa jurídica aplicable se cumple en la realidad, con la finalidad de evaluar la efectividad de los medios de coacción para su cumplimiento (Tantalean, 2016) y advertir sus repercusiones jurídicas en la persona que trabaja. Para lo cual se empleó métodos de investigación jurídica (exegético, sistemático y sociológico) y técnicas e instrumentos de recolección de datos, tal como la revisión documental de bibliografía; asimismo, la casuística materia de análisis respecto a la MPC estuvo sujeta a un muestreo no probabilístico.

Así, el corpus del presente artículo compuesto por varios apartados, en donde: primero, se describieron los alcances más importantes sobre la igualdad y no discriminación; segundo, nos referimos al marco normativo aplicable

a las personas que se desempeñan como obreros; tercero, se analizó lo antes descrito en casos concretos; y, finalmente, nos centramos y damos cuenta de que la contratación de personas que se desempeñan como obreros en la MPC mediante contratos distintos al régimen laboral general de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo No. 728 afecta el principio de igualdad y no discriminación laboral.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

Con la finalidad de entender las conceptualizaciones jurídicas del principio objeto de estudio, nos apoyamos en lo expuesto por Sen (1995) quien afirmar que:

Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no solo por las características externas, como el patrimonio heredado, o el medio ambiente natural y social en el que vivimos sino también por nuestras características personales, por ejemplo, la edad, el sexo, la propensión a la enfermedad, las condiciones físicas y mentales. La valoración de las demandas de igualdad tiene que ajustarse a la existencia omnipresente de esta diversidad humana. (p. 13)

Justamente en relación con estas situaciones o circunstancias que -en los hechos- diferencian a las personas, es que el profesor Ferrajoli (2019) acertadamente refiere que existe una distinción de derechos. Por un lado, están los derechos fundamentales y, por otro, los derechos patrimoniales. Los primeros universales y generales y segundos singulares y por ello desiguales. Concluyendo que no somos iguales en los derechos patrimoniales, pero somos iguales o tratamos de serlo en los derechos fundamentales.

Dicha pretensión de igualdad es la que a nivel internacional procuran algunos instrumentos de derechos humanos que rechazan expresamente a la discriminación, tal como en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) del año 1948, donde se establece el derecho a la igualdad ante la ley y la protección contra todo tipo de discriminación. Luego, en el año 1966 mediante el artículo 26° del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se desarrolló ambos componentes, preceptuando que los Estados parte garantizarán una igual y efectiva protección contra cualquier acto de discriminación. Asimismo, en el continente americano

a través del artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) del año 1948, se reguló el derecho a la igualdad ante la ley; y, de manera similar en el artículo 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) del año 1969.

Sin embargo, al encontrarnos analizando el referido principio en el ámbito de las relaciones laborales, corresponde señalar que el artículo 23 de la DUDH y el artículo 7 del PIDESC regulan el derecho a la igualdad salarial sin discriminación alguna. Adicionalmente, tenemos que el literal a) del artículo 7 del Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) del año 1988, prescribe el derecho a percibir un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna clase de distinción. Paralelamente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió una serie de convenios que el Estado peruano aprobó y ratificó, como: el número 100 sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, el número 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, o el número 183 relativo a la protección a la maternidad.

En ese sentido, habiendo enunciado la regulación del principio bajo comentario en distintos cuerpos normativos, tenemos a bien exponer su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que estableció: la evolución del principio de igualdad y no discriminación generó su ingreso al dominio del *ius cogens*. Entendiendo como *ius cogens* como aquellas protecciones relacionadas con la persona y de obligación *erga omnes*, con lo cual tales normas generan la obligación jurídica de los Estados y constituyen límites absolutos a su voluntad. Por lo cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) indica que la igualdad:

Se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar inferior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. (p. 25)

De esa manera, en atención a la finalidad del presente artículo, pudimos notar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009) en cuanto al acceso de personas a puestos de trabajo, señaló que no se protege el derecho a

acceder a un cargo público, sino de hacerlo en condiciones generales de igualdad. En buena cuenta que las personas que postulan para acceder a algún puesto de trabajo no sean objeto de discriminación, vale decir no se requiere de una comparación de hechos respecto a dos o más personas para analizar y concluir una discriminación.

1. Manifestaciones jurídicas de la igualdad y no discriminación en el Perú

Se estableció que los instrumentos internacionalmente citados regulan el derecho a la igualdad y a la no discriminación. A su vez tales normas forman parte del derecho interno peruano mediante la aplicación del artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la CPP. Y es que dicha protección internacional cualquier persona que considere se le hayan afectado los derechos en comentario puede acceder a una tutela en jurisdicción internacional¹.

En relación a ello, en el ordenamiento jurídico peruano, conscientes de que en el campo de la realidad la discriminación es un problema social presente en múltiples ámbitos de las relaciones interpersonales a lo que el derecho no es ajeno y más el Derecho del Trabajo, nuestro ordenamiento jurídico nacional cuenta con dos ámbitos de tutela frentes actos de discriminación: el *ius puniendi*² y a través de normas jurídico-laborales, siendo estas últimas lo que nos atañe a comentar, en esta oportunidad.

De manera general en el numeral 2 del artículo 2 de la CPP se prescribe que, por un lado, todos somos iguales ante la ley; y, por otro, nadie debe ser discriminado por ningún motivo. Postulados que nos lleva a concluir que ambos derechos tienen una naturaleza simbiótica, una relación de genero-especie porque una nos lleva a la otra, tal como se preceptúa en el numeral 1 del artículo 26 del mismo cuerpo normativo, que establece la igualdad de oportunidades sin discriminación. De ahí que no es difícil inferir que la igualdad es un principio y un derecho o viceversa, debido a que pretende colocar a las personas -sujetas a las mismas condiciones- en un plano de igualdad (Tribunal Constitucional, 2004a).

1 Conforme lo regulan los artículos 205 de la CPP.

2 Concretamente el artículo 323 del Código Penal peruano.

Por ello, el profesor Neves (2012) afirma que “el trato no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales”, situaciones que se manifiestan en dos momentos: antes del inicio de la relación laboral, es decir en el acceso; y, durante su transcurso o desarrollo.

Ahora, estos postulados normativos e interpretativos del Tribunal Constitucional nos posibilitan arribar a la idea de que la igualdad ante la ley no deja de lado las múltiples diferencias de las personas, sino que al ser conscientes de dichas desigualdades se intentan corregirlas. Por eso, el mismo maestro Neves (2012) describe que se requiere de una verificación de hecho para comparar a las personas y concluir si su escenario es o no semejante, para a partir de ahí exigir un trato en relación con lo verificado, lo cual a criterio del máximo intérprete de la CPP se ha denominado *requisitos de igualdad* en donde primero debe existir: paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos o supuestos semejantes; y, segundo, dicha paridad, uniformidad y exactitud de trato debe existir en personas sujetas a idénticas situaciones (Tribunal Constitucional, 2015). Es así como de no existir causas que justifiquen un trato diferente nos encontraremos ante una discriminación, prohibida por las normas nacionales e internacionales.

232

Habiendo hecho alusión a dos términos: *diferenciación* y *discriminación*, como parte de la igualdad, se debe tener presente que ambos son categorías jurídicas disímiles. Por un lado, la diferenciación esta constitucionalmente permitida, asumiendo de que no todo trato desigual es discriminatorio, siempre que existan causas objetivas y razonables. Por otro lado, la discriminación, como se describió es la desigualdad vedada (Tribunal Constitucional, 2015).

Al respecto, no existe una subcategoría de diferenciación, pero sí de discriminación y sobre el particular el Tribunal Constitucional (2005) estableció que existen dos tipos de acciones: (i) *la directa*, en donde el empleador hace distinciones constitucionalmente prohibidas, las mismas que no tienen fundamentos razonables ni proporcionables; y, (ii) *la indirecta*, sobre la base de distinciones antojadizas se establecen diferencias que afectan la no discriminación.

Por su parte y aunque no está incluida dentro de la subcategoría de la discriminación, existe una tipología que la doctrina denomina *discriminación positiva*, la cual forman parte de las acciones orientadas a poner sobre el relieve que no todas las personas se encuentran en la misma situación, indistintamente

de las circunstancias (cognitivas, motoras, económicas, sexo, etc.). Por lo cual algunas normas pretenden equiparar la oportunidad laboral para garantizar el principio prescrito en el numeral 1 del artículo 26 de la CPP, así tenemos:

Nonem iuris	Contenido relevante
Ley Nro. 29973 – Ley General de la persona con Discapacidad	(i) Contempla otorgar una bonificación (15%) sobre el puntaje final a personas discapacitadas; y (ii) las entidades públicas deben contratar a personas con discapacidad en una cantidad no inferior a 5% del total del personal y en el sector privado si sobrepasa las 50 personas en un porcentaje del 3%.
Ley Nro. 28983 – Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres	Se pretende lograr un marco normativo que garantice el ejercicio de derecho tanto de hombres y mujeres en igualdad, dignidad, bienestar y con ello impidiendo la discriminación.
Ley Nro. 30709 – Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres	Orientada a establecer cuadros y categorías para que sobre la base de criterios objetivos se establezcan remuneraciones y, por ende, se garantice la igualdad. De esa manera, también se prohíbe el despido de mujeres en estado de gestación

Fuente: Elaboración propia

III. MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE OBREROS EN EL PERÚ

1. Sobre las personas que trabajan en la Administración Pública

Tomando como base la normatividad vigente, tal como el Decreto Legislativo Nro. 276 -Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público y sus normas reglamentarias- se puede inferir que de manera general toda persona con vínculo laboral con el Estado será denominado servidor público (aunque mediante Ley Nro. 30057 - Ley del Servicio Civil, se tiene a bien llamar servidor civil), pero siguiendo al mismo texto legal, se puede advertir que no todo servidor público podrá estar comprendido en la carrera administrativa.

Muestra de esa exoneración en la carrera administrativa, que a su vez tiene grupos ocupacionales, son los funcionarios públicos, personas elegidas mediante voto popular o quienes son designadas para desempeñar cargos de confianza dentro de la estructura organizativa de alguna entidad pública. Como podemos notar, hasta aquí, los obreros contratados en la AP no tienen cabida dentro de

la estructura y regulación de la carrera administrativa y es que en la parte final del aludido Decreto Legislativo Nro. 276 se establece que el personal obrero se regula por las normas pertinentes.

2. Normas regulatorias del personal obrero en el Perú

Para referirnos al marco legal que posibilita la contratación de obreros en el Estado peruano tenemos que remontarnos a los años finales del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980), específicamente al 12 de mayo del año 1978, fecha en la que se emitió el Decreto Supremo Nro. 010-78-IN. Cuerpo legal que en su artículo 1 prescribió que: “los trabajadores obreros al servicio de los concejos municipales de la República son servidores del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada”. Tal vez por ese motivo en el Decreto Legislativo Nro. 276 se indicó que las personas contratadas como obreros se regulaban por las normas pertinentes, con la finalidad de hacer una alusión a la norma especial que regulaba la contratación de las personas que se desempeñaban como obreros.

Pese a ello, en el año 1984 y con una confusa redacción normativa mediante la Ley Nro. 23853 -Ley Orgánica de Municipalidades-, se estableció que los obreros municipales pertenecían al régimen laboral de la actividad pública, pero les eran aplicables los derechos y beneficios propios y exclusivos del régimen laboral privado. Posteriormente, a través de la Ley Nro. 27469 – Ley que modifica el artículo 52 de la Ley Nro. 23853- se precisó que los obreros de las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Regulación que fue ratificada en el artículo 37 de la Ley Nro. 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades-LOM) actualmente vigente.

Como se advierte en la LOM expresamente se hace referencia a qué régimen laboral pertenecen los obreros, pero muy seguramente por la abundancia de los procesos judiciales que aludimos en el prefacio de este trabajo, el Congreso de la República emitió la Ley Nro. 30889 – Ley que precisa el régimen laboral de los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales-, que en su artículo único estableció: “los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales no están comprendidos en el régimen laboral establecido por la Ley del Servicio Civil, Ley Nro. 30057. Se rigen por el régimen laboral privado del Decreto Legislativo Nro. 728”. De esta forma se dejó fuera de debate cualquier discusión

respecto al régimen laboral al que pertenecen no solo los obreros contratados por los gobiernos locales, sino también regionales.

Por lo cual con el ánimo establecer de manera enunciativa más no taxativa qué puestos desempeñan los obreros recurrimos a lo expuesto por la Corte Suprema de la República (2022) al establecer que deben ser obreros sujetos al régimen laboral de la actividad privada: el personal de limpieza, choferes de vehículos de recojo de residuos sólidos, personal de mantenimiento de parques y jardines y jardines de las entidades ediles; personal de serenazgo (a pie, motorizado, choferes de vehículos y policías municipales); personal con actividades manuales, de guardianía en camales, panaderías y cementerios municipales; personal de construcción civil en obras a cargo de los distintos niveles de gobierno así como proyectos especiales; personal de guardianía y mantenimiento de parques zonales, zoológicos y jardines botánicos; y, por último, aquellas personas que realizan labores estrictamente manuales, de esfuerzo físico y de contacto con materias primas e instrumentos de producción.

3. El acceso al empleo público como obrero

Debemos establecer que, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Nro. 28175 – Ley Marco del Empleo Público- a la AP se ingresará necesariamente por concurso público de méritos, exigencia legal que también esta preceptuada en el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo Nro. 1023 – Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SERVIR).

De esa manera, el artículo 9 de la Ley Nro. 28175 establece que los actos administrativos que contravengan la regulación de acceso a la AD se sancionan con nulidad. No obstante, el Tribunal Constitucional mediante el Precedente Constitucional Huatuco (de observancia obligatoria) contenido en la sentencia del Expediente Nro. 05057-2013-PA/TC, se estableció que el ingreso a la AP mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente, lo siguiente: a) concurso público de méritos; b) plaza debidamente presupuesta según los documentos de gestión; y, c) plaza vacante y de duración indeterminada. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la República (2022) fijó como doctrina jurisprudencial respecto al citado precedente que, entre otros motivos, se inaplicará cuando se trate de obreros al servicio de cualquier ente de la AP.

Pese a ello, SERVIR asume el criterio (Informe Nro. 414-2019-Servir, de fecha 13 de marzo del año 2019) de que como el Decreto Legislativo Nro. 1057 fue declarado constitucional mediante Sentencia Nro. 00002-2010-AI/TC y el artículo 2 del referido decreto establece que es un régimen especial aplicable a toda entidad pública, no resulta incompatible el acceso de personas bajo CAS para desempeñarse en el puesto de obreros municipales sujeto a que la necesidad de la prestación así lo requiera.

Debemos tener en cuenta que la postura de SERVIR fue tomada en cuenta por el Tribunal Constitucional (véase el Pleno Sentencia 282/2021 del Expediente Nro. 03375-2019/TC Ayacucho, de fecha 25 de febrero del año 2021, emitida por sus miembros en sesión del pleno), pero respecto del cual discrepamos dado que sobre la base de que en el considerando décimo segundo de la Casación Laboral Nro. 34268-2019 Cajamarca se estableció como doctrina jurisprudencial que se inaplicará el Precedente Constitucional Huatucu cuando -entre otros- se refiera a obreros al servicio de un gobierno municipal, gobierno regional o cualquier organismos de la AP. Criterio que es considerado de obligatorio cumplimiento en atención a lo prescrito por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a su vez según el artículo 4 de la misma norma deberá ser acatada por instancias judiciales o administrativas.

Adicionalmente, el artículo 109 de la CPP preceptúa que todas las leyes son de obligatorio cumplimiento. De igual forma debemos recordar que de manera general se puede recurrir a principios para la aplicación de normas, tal como el principio de especialidad. Y en cuanto a las relaciones laborales que se rige por principios rectores como: la condición más beneficiosa, primacía de la realidad, protector, *in dubio pro operario*, entre otros, que pacíficamente pudiesen ser aplicables. Pero tal tarea resulta trivial ante la precisión de que el acceso de los obreros en las entidades municipales y regionales está sujeto al Decreto Legislativo Nro. 728, la cual es una norma especial y que resulta más beneficiosa para la persona que trabaja.

4. Sobre la fiscalización laboral a los obreros municipales

De conformidad con el artículo 3 de la Ley Nro. 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo la inspección laboral está a cargo de la Superintenden-

cia de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), la cual tiene como función: vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales en materia de normativa sociolaboral. Sin embargo, dicha función se restringe a aquellos empleadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Consecuentemente, al haber zanjado el debate de que los obreros indistintamente a las labores que realicen pertenecen al Decreto Legislativo Nro. 728, corresponde verificar la situación actual de este grupo de personas que trabajan como obreros frente a las tareas de inspectivas de la SUNAFIL. Toda vez que, contrario al criterio de SERVIR, esta entidad no discute su competencia para realizar dicha labor, como se advierte de ciertas resoluciones (Resolución de Intendencia Nro. 029-2021-SUNAFIL/IRE-AQP)

En efecto, dicha información que resulta indispensable conocer debido a que según el INEI (2021) en el Perú la condición laboral de las personas vinculadas laboralmente a las entidades municipales hasta el 31 de marzo del año 2021 se dividió de la siguiente manera: 36,6% mediante contratos de locación de servicios, 26% a través del régimen CAS, el 21,1% bajo el Decreto Legislativo Nro. 728 y el 16,3% sujetas al Decreto Legislativo Nro. 276. Ahora, particularmente en Cajamarca las cifras indicaron que hay 2,149 personas sujetas al Decreto Legislativo Nro. 276, 4,079 bajo el Decreto Legislativo Nro. 728, 2,327 a través del régimen CAS y 2,884 contratadas mediante locación de servicios.

Las cifras expuestas nos incentivaron obtener información sobre la labor inspectiva respecto a las personas que se desempeñan como obreros en el Perú. Tarea que pese a nuestros reiterados intentos resultó imposible. Ello nos conlleva a plantear diversas hipótesis, como la relativa a que no se puede acceder a la información deseada debido a que en la contratación laboral en la AP converge distintos regímenes laborales. De ahí que la actuación inspectiva resulte compleja debido a la difícil diferenciación contractual aunado que para SERVIR la contratación de obreros mediante CAS resultaría válida.

IV. ANÁLISIS DE CASOS

Teniendo en cuenta que nuestro muestreo se sujeta a uno de naturaleza no probabilística se tuvo a bien analizar de manera articulada los expedientes números: 00972-2014; 01056-2015; 00727-2016 y 02109-2017, todos culminados y tramitados ante los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia

de Cajamarca, contrario a procesos vigentes del año 2018 en adelante dado que aún se encuentran en sede casatoria. Con lo cual se procede a realizar una síntesis y posterior análisis de los casos propuestos.

1. Caso de obrero viverista vinculado sin contrato

En el caso ventilado en el expediente Nro. 00972-2014, se expuso que la demandante ingresó a prestar servicios como obrero viverista para la MPC desde el 06 de marzo del año 2008, pero sin suscribir contrato alguno. De ahí que solicitó se declare la existencia de un contrato laboral a plazo indeterminado dentro del régimen laboral de la actividad privada y se le reconozca el pago de beneficios sociales. Por su parte la MPC no discutió la forma de acceso de la demandante a la AP y se limitó a cuestionar la fecha de ingreso además del monto adeudado por concepto de beneficios sociales.

Al respecto, se tiene que antes del proceso en comentario, la demandante siguió un proceso de reposición mediante el cual se la repuso. Es así como, pese a que no existieron contratos suscritos, se determinó como hecho necesitado de actuación probatoria la declaración de desnaturalización de los contratos de locación. De esa forma -en primera instancia- se determinó la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, se declaró la existencia de un vínculo laboral sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo Nro. 728 (en aplicación de le LOM vigente) y se ordenó el pago de beneficios sociales. Tal decisión fue confirmada en segunda instancia.

2. Caso de obrero serenazgo vinculado mediante contrato CAS

En el proceso contenido en el expediente Nro. 01056-2015, el demandante alegó que se le debía reconocer un vínculo laboral a plazo indeterminado debido a que ingresó a laborar desde mayo del año 2004 como serenazgo y que además que se le reconozca el pago de beneficios sociales. Por su parte la MPC expuso que al accionante se le contrató a través de CAS y por ello no se le puede reconocer beneficios del Decreto Legislativo Nro. 728.

Consecuentemente, se estableció que concurrían los elementos del contrato de trabajo y que las labores fueron realizadas bajo subordinación para desempeñarse como serenazgo. Puesto de trabajo que según los documentos de gestión

interna tiene la naturaleza de permanente y la categoría de obrero, con lo cual se le reconoció el vínculo laboral y el pago de los beneficios.

3. Caso de obrero de limpieza pública vinculado con contratos de locación

Con respecto a este proceso -expediente Nro. 00727-2016- se tiene que en un inicio el demandante prestó servicios para la MPC mediante contratos de locación y luego se le contrató a través de CAS para cumplir laborar de limpieza pública. Sobre la base de ello solicitó se le reconozca un vínculo laboral a tiempo indeterminado bajo la norma del régimen laboral de la actividad privada y, además, el pago de los beneficios sociales.

Por su parte la MPC negó la vinculación laboral bajo el Decreto Legislativo Nro. 728, pero reconoció el periodo laborado bajo la suscripción de CAS. Ahora, debido a que en un proceso anterior (con calidad de cosa juzgada) se determinó que la vinculación del demandante estaba sujeta al régimen laboral de la actividad, solo se necesitó delimitar el pago de beneficios sociales. Extremos que no fueron materia de discusión en la sentencia de vista.

4. Caso de obrero de limpieza pública vinculado sin contrato

En cuanto a este caso -expediente Nro. 02109-2017- se tuvo que la demandante ingresó sin contrato a prestar servicios bajo subordinación en la MPC (luego añadió como pretensión su reposición). Por su parte la demandada indicó que contrató a la demandante mediante contratos temporales válidamente celebrados.

Como resultado, se determinó la transgresión al principio de causalidad en la contratación debido a que el contrato se tuvo que suscribir a plazo indeterminado. De esa forma se ordenó la reposición de la demandante y el reconocimiento del vínculo laboral bajo los alcances del Decreto Legislativo Nro. 728.

5. Análisis articulado

Aunque en los procesos expuestos no existe una alusión expresa al principio de igualdad y no discriminación laboral por parte de las personas accionantes

y si bien hemos advertido que en nuestro ordenamiento jurídico para su determinación el órgano jurisdiccional debe realizar un *test* de igualdad o una corroboración de hechos como refiere el maestro Neves (2012), somos partidarios de lo expuesto sobre la igualdad y no discriminación por la CIDH.

Nos explicamos, es innegable que a la fecha de surgir estos procesos existió una norma expresa (artículo 37 de la LOM) respecto al régimen laboral de los obreros (indistintamente del puesto en el que se desempeñen) más aún que el artículo 109 de la CPP contempla la vigencia y obligatoriedad de la Ley -en este caso la LOM-, con lo cual teniendo en cuenta que dicha corte internacional estableció que el acceso al trabajo o a un puesto de trabajo se debe realizar en condiciones de igualdad, resulta oportuno cuestionarnos ¿Qué condiciones de igualdad existieron entre las personas que accionaron con quienes sí fueron contratados mediante el Decreto Legislativo Nro. 728? Ninguna condición porque antes de ser contratadas las personas que accionaron ya habían sido discriminadas del régimen laboral que les correspondía por mandato legal. Dicha discriminación resulta relevante dadas las diferencias sustanciales de derechos laborales específicos que regulan tanto el régimen CAS como el Decreto Legislativo Nro. 728 y ni que decir de los contratos de locación (que no forman parte de la regulación laboral).

Por consiguiente, es pacífico afirmar que la vulneración del principio de igualdad y no discriminación tiene una relación directamente proporcional con otros derechos. Tal como los derechos laborales específicos (remuneración, beneficios sociales, estabilidad laboral, seguridad social), pero también respecto a los inespecíficos. Dentro de los segundos (inespecíficos), si bien pueden ser variados en atención de los casos en particular, la dignidad estará presente debido a que -en palabras del Tribunal Constitucional (2004)- funge como una salvaguarda de los derechos de la persona trabajadora y adicionalmente según Ferrajoli (2019) en la sociedad la igualdad de derechos fundamentales sirve para reducir las tensiones y los conflictos generados por las desigualdades.

V. CONCLUSIONES

1. A lo largo de la presente investigación se realizó un análisis del principio de igualdad y no discriminación sobre la base de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos debido a que sin su respaldo

académico hubiese sido un trabajo infructuoso, en tanto que sus decisiones cumplen un rol preponderante en la evolución del principio bajo estudio.

2. Sin que existan un orden de importancia en los derechos laborales específicos afectados por la vulneración del principio de igualdad y no discriminación laboral en las personas que ingresan a laborar como obreros bajo un régimen distinto al Decreto Legislativo Nro. 728 son: beneficios sociales (de ser el caso asignación familiar, gratificaciones de julio y diciembre, compensación por tiempo de servicios, vacaciones), estabilidad laboral y seguridad social. A su vez de manera genérica el derecho laboral inespecífico vulnerado será la dignidad.
3. La situación actual de la fiscalización laboral que garantiza el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación laboral de las personas que se desempeñan en el cargo obreros no ha podido ser verificada ante la no publicación de información por el ente encargado.
4. La regulación vigente y los pronunciamientos jurisdiccionales sobre el régimen laboral que corresponde a las personas que se desempeñan como obreros buscó esclarecer situaciones reales debido a que son vinculados bajo contratos CAS o locaciones de servicios, lo contrario hubiese sido las antípodas de lo que pretende el Derecho del Trabajo.
5. Pese a que no existen debates respecto al régimen al que pertenecen los obreros persiste cierta incertidumbre debido al criterio de SERVIR que sostiene la posibilidad de contratarlos mediante el régimen CAS, muestra de ello es que el Tribunal Constitucional citó dicho criterio para sustentar una sentencia.

REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*, Editorial CIDH, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de junio de 2009). Caso Reverón Trujillo contra Venezuela. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (6 de octubre de 2022). Casación Laboral Nro. 34268-2019. Recuperado de [201934268500121100020221024142136](https://www.pj.gob.pe) (pj.gob.pe)

Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Editorial Trotta.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2021). *Indicadores de Gestión Municipal*. Recuperado de [libro.pdf](https://inei.gob.pe) (inei.gob.pe)

Neves, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nietzsche, F. (1895). *El Anticristo*.

Sen, A. (1995). *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza Editorial.

Tantaleán, O. (2016). Tipología de investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13(46). 1-37.

Tribunal Constitucional peruano, Pleno del Tribunal Constitucional. (19 de setiembre de 2018). Sentencia del Expediente Nro. 05577-2015-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05577-2015-AA.pdf>

Tribunal Constitucional peruano, Pleno del Tribunal Constitucional. (1 de abril del año 2015). Sentencia del Expediente Nro. 0048-2004-PI/TC. Recuperado de [00048-2004-AI.pdf](https://tc.gob.pe) (tc.gob.pe)

Tribunal Constitucional peruano, Pleno del Tribunal Constitucional. (12 de agosto de 2005). Sentencia del Expediente Nro. 008-2005-PI/TC. Recuperado de [0008-2005-AI](https://tc.gob.pe) (tc.gob.pe)

Tribunal Constitucional peruano, Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional. (26 de abril de 2004a). Sentencia del Expediente Nro. 018-2003-AI/TC. Recuperado de [0018-2003-AI](https://tc.gob.pe) (tc.gob.pe)

Tribunal Constitucional peruano, Sala Segunda del Tribunal Constitucional. (20 de enero de 2004b). Sentencia del Expediente Nro. 2906-2002-AA/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02906-2002-AA.html>