

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
PROGRAMA DE ESTUDIOS DE DERECHO



**HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIÓN EN EL PROCESO
ACCIÓN DE AMPARO DEL EXPEDIENTE
N° 00291-2013-0601-JR-CI-01**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA
OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

AUTOR:

JHENY DENNIS CARRASCO ALVAREZ

ASESOR:

MG. DAVID ALFONSO MEJÍA MURILLO

CODIGO ORCID N° 0000-0003-1291-1701

CAJAMARCA – PERÚ

2021

PALABRA CLAVE

TEMA	Homologación de remuneración
ESPECIALIDAD	Constitucional

KEYWORDS

THEME	Homologation of remuneration
SPECIALTY	Constitucional



USP
UNIVERSIDAD SAN PEDRO

VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD

El que suscribe, Vicerrector de Investigación de la Universidad San Pedro:

HACE CONSTAR

Que, de la revisión del trabajo titulado **"Homologación de remuneración en el proceso acción de amparo del expediente N° 00291-2013-0601-JR-CI-01"** del (a) estudiante: **Jheny Dennis Carrasco Alvarez**, identificado(a) con **Código N° 2809000011**, se ha verificado un porcentaje de similitud del 29%, el cual se encuentra dentro del parámetro establecido por la Universidad San Pedro mediante resolución de Consejo Universitario N° 5037-2019-USP/CU para la obtención de grados y títulos académicos de pre y posgrado, así como proyectos de investigación anual Docente.

Se expide la presente constancia para los fines pertinentes.

Chimbote, 14 de Enero de 2022


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN
Dr. CARLOS URBINA SANJINES
VICERRECTOR



NOTA:

Este documento carece de valor si no tiene adjunta el reporte del Software TURNITIN.

DEDICATORIA

A mi madre e hija, quienes me han brindado su apoyo incondicional.

A la memoria de Cruz Victoria Izquierdo Cachay y Gisella Maritza Coronado Castro.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por las bendiciones, alegrías y pruebas, que vienen forjando a mi persona.

A todos aquellos profesionales que hicieron posible la conclusión del presente trabajo.

ÍNDICE

PALABRA CLAVE	i
CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
INDICE	v
RESUMEN	vi
I. DESCRIPCION DEL PROBLEMA	1
II. MARCO TEORICO	5
III. ANALISIS DEL PROBLEMA	40
IV. CONCLUSIONES	47
V. RECOMENDACIONES	49
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	50
ANEXOS	54

RESUMEN

La presente investigación, surge del estudio sobre el Expediente N° 00291-2013-0-0601-JR-CI-01, mediante la cual el accionante interpone demanda acción de amparo, pretendiendo se homologue su remuneración; alegando que se le esta pagado una remuneración menor a la de sus compañeros de labores; por lo que, del desarrollo del proceso se aprecia que en un primer momento, se amparó la demanda; sin embargo, en segunda instancia la decisión es revocada; acudiendo por ello al Tribunal Constitucional, quién finalmente declara infundada la pretensión bajo el argumento que el recurrente pertenece a un régimen laboral diferente al de sus compañeros con los que pretende que se homologue su remuneración; en ese sentido, la estructura del presente trabajo es el siguiente:

El primer capítulo desarrolla un rápido repaso del expediente y su tramitación desde el Juez Especializado Civil hasta el Tribunal Constitucional; precisando los problemas que han podido ser detectados, los mismos que son resueltos en el apartado correspondiente al análisis del problema.

El segundo capítulo se expone la base teórica y se analiza profundamente diversas categorías y variables propias de los problemas.

El tercer capítulo analiza la problemática planteada a lo largo del informe en correspondencia con las bases teóricas extraídas de la doctrina; en suma, esta investigación desarrolla con exhaustividad un problema de necesario tratamiento; además, la utilidad práctica del análisis extraído en este informe se comprueba en que es una de las pocas investigaciones que han desarrollado diversas categorías constitucionales y laborales que se vinculan, especialmente, con el derecho a una remuneración equitativa.

CAPITULO I

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Se tiene pleno conocimiento que en nuestro país existen diversos regímenes laborales, dándole una carta de opciones a las instituciones que requieran la contratación de personal; sin embargo, el descontento sale a relucir cuando un trabajador a pesar de realizar igual labor a la de sus compañero de trabajo, percibe un sueldo menor; esta situación se genera fundamentalmente por el régimen laboral al que pertenecen, puesto que unos han sido contratados bajo las reglas del Decreto Legislativo N° 728 que pertenece al sector privado; y otros pertenecen al régimen del Decreto Legislativo N° 276 los cuales han accedido bajo la modalidad de concurso público; es decir, son personal nombrado del sector público; o en algunos casos a un Contrato Administrativo de Servicios (CAS).

La situación antes descrita, ha generado un descontento en el trabajador que se ve afectado con tal diferenciación; por lo cual, a fin de hacer valer sus derechos deciden acudir a la vía legal, demandado ante el Órgano Jurisdiccional la Homologación Salarial, siendo que en algunos casos hacen uso de la vía de proceso constitucional, tal como es el caso del expediente materia de análisis en la presente.

Es así pues que, en el presente caso - Expediente N° 00291-2013-0-0601-JR-CI-01 sobre Accion de Amparo-, la controversia se suscita cuando el accionante pretende que se homologue su remuneración, sustentando principalmente que sus compañeros que realizan las mismas actividades perciben una suma remuneratoria superior; situación que considera atenta contra sus derechos constitucionales como el derecho al trabajo, el derecho a remuneración justa y equitativa, y el derecho de protección frente a la

discriminación; presentando su respectiva demanda ante el Juzgado Especializado Civil de Cajamarca.

Es así que el órgano jurisdiccional procedió a admitir a trámite la demanda, y se corrió traslado a la parte demandada; quien cumplió con absolverla arguyendo que el demandante hizo una comparación cualitativa entre un “Obrero Nombrado” sometido al régimen del Decreto Legislativo N° 276, y un “Obrero Contratado” (condición laboral del demandante), que se encuentra sometido al régimen del Decreto Legislativo N° 728; alegando además que existe justificación objetiva y razonada que explica la diferencia salarial; puesto que, el recurrente no es trabajador nombrado, por consiguiente, no cuenta con legajo personal, donde se registre su grado de instrucción, méritos y experiencia en el rubro a desarrollar; en segundo lugar, el recurrente no ingresó a planilla por concurso público, sino mediante una resolución judicial; y en tercer lugar, un trabajador nombrado se encuentra comprendido dentro del Presupuesto Analítico Personal; en cambio, un trabajador contratado se encuentra dentro del Cuadro Analítico Personal (CAP). Asimismo, la Ley del Presupuesto para el año fiscal 2013 establecía la prohibición hacia las municipalidades, así como todos los órganos de la administración pública, de reajustar o incrementar remuneraciones, bonificaciones, dietas y otros conceptos.

A su vez la entidad demandada dedujo excepción de incompetencia, alegando que el proceso de amparo es uno en donde no existe etapa probatoria, en razón de ser un proceso de tutela urgente; de manera que, el demandante, al haber anexado medios probatorios insuficientes para acreditar el derecho invocado, será necesario actuación probatoria; por consiguiente, correspondería la tramitación del proceso en la vía ordinario laboral y no en la vía constitucional.

Es así que, en primera instancia se declara infundada la excepción de incompetencia, auto que fue apelado; y posteriormente fundada la demanda de amparo incoada por Víctor Antonio Bravo Bonifacio en contra de la Municipalidad Provincial de Cajamarca; el Juez Especializado consideró que el que trabajadores, aunque nombrados, que realizan las mismas actividades que el demandante, perciban una mayor remuneración supone un evidente trato diferenciado y, por tanto, una evidente vulneración al derecho a la igualdad y a una remuneración equitativa del demandante; además, el Juez señaló que quedaba sin consistencia los fundamentos del procurador público de la entidad demandada, que se basaban en que el demandante no cuenta con legajo personal, pues ello no puede avalar la vulneración a derechos constitucionales; y por consiguiente, los compañeros de trabajo del demandante y éste ostentaban el mismo cargo de obrero – policía SISMUVI o SERENO, realizando las mismas labores, por lo que debían percibir la misma remuneración.

Ante ello, la entidad demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia emitida en primera instancia a fin de que sea revocada y se declare fundada la apelación; indicando que el juez de primera instancia incurrió en un error de hecho y de derecho, puesto que la demanda fue tramitada en una vía inadecuada, adoleciendo de incompetencia por la materia; no habiéndose tenido en cuenta la residualidad del proceso de amparo; indicando que la sentencia apelada agravia a la Municipalidad de forma económica, ya que no se ha tenido en cuenta que cada plaza de contratación debe ser afectada a una partida presupuestal.

Posteriormente, el 08 de noviembre de 2013 se concedió la apelación, y el 12 de diciembre de 2014 se emitió sentencia de segunda instancia, revocando la sentencia apelada y declarando infundada la demanda; el principal fundamento fue que el demandante tenía la condición laboral de contratado y se encontraba sometido al régimen privado; en cambio, los otros

trabajadores eran nombrados y habrían ingresado a laborar tras aprobar el concurso interno para cubrir plazas por nombramiento en la Municipalidad Provincial de Cajamarca; estos hechos constituyen, por tanto, variables que generan el trato diferenciado existente, que según el colegiado se ajusta a la proporcionalidad y razonabilidad permitida por la Constitución; indicando además que el demandante, tenía la carga de la prueba, pero no logró probar o acreditar el trato discriminatorio; por lo que, la Sala Superior declaró infundada la demanda y confirmó el auto que declaró infundada la excepción de incompetencia.

Por lo que, el demandante interpuso recurso de agravio constitucional, llevando a que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la litis generada, declarando infundada la demanda; puesto que el colegiado consideró que el régimen laboral público y el régimen laboral privado presentan diferencias de tratamiento, razón por la que todo tratamiento diferenciado se encontraba justificado de forma objetiva y razonable; En ese sentido, la sentencia declaró infundada la demanda de amparo.

A tenor de lo antes expuesto, se puede apreciar de forma muy clara que se producen dos temas pendientes de análisis:

- a) Determinar si le corresponde o no, al demandante la homologación de su remuneración: Que vendría a ser un análisis de fondo sobre lo resuelto.
- b) Determinar si en el presente proceso bajo análisis correspondía al accionante demandar en la vía de amparo o hacer uso una vía alternativa: Que correspondería a un análisis de forma, puesto que la parte demandada puso de manifiesto que la Acción de Amparo no era la vía idónea para demandar una homologación.

Por lo que, se va a pasar a brindar una mayor perspectiva en el desarrollo de los tópicos del marco teórico.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Son procesos en donde la base es la Constitución, con el propósito de hacer prevalecer todos los derechos primordiales que el texto reconoce como es, el derecho al trabajo, a tener una remuneración justa y equitativa; entre otras (Rojas, 2010).

Consiste en la aplicación del conjunto de las normas constitucionales con las cuales se rigen las instituciones públicas o privadas, y el órgano jurisdiccional legisla en función a la prevalencia de las normas resolviendo conflictos de carácter constitucional (Aguila y Pacheco, 2013).

Por su parte Gaceta Juridica (2008) menciona sobre los procesos constitucionales que el el Tribunal Constitucional se ha manifestado en sentencia del Expediente N° 0023-2005-PI/TC que existe una diferencia de los procesos ordinarios debido a su naturaleza cuales menciona cuatro criterios:

- 1) Por sus fines: El objeto principal es hacer valer la primacia de la Constitución la cual no tiene los procesos ordinarios.
- 2) Por el rol del juez: En los proceso constitucionales el juez tiene mayor rol en la actuación de las partes.
- 3) Por los principios orientados: Aunque estos principios se apliquen a ambos constitucionales y ordinarios los primeros son mas intensos.
- 4) Por su naturaleza: Debido a que estos persiguen vigencia de derechos fundamentales estos tienen doble carácter objeivo y subjetivo.

1.1. FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Nuestro Código Procesal Constitucional en su artículo II del Título Preliminar señala que el fin de los procesos constitucionales es que se garantice la primacía de la Constitución, y consecuentemente se produzca una efectiva vigencia de los derechos constitucionales; ello en concordancia con el nuestra Constitución de 1993 que en su artículo 51° establece que la “Constitución prevalece sobre todas las normas.

Por lo que, para poder lograr tal fin se necesita de un proceso que garantice la protección de los derechos fundamentales, y es ahí donde surgen los procesos constitucionales, tales como el Habeas Corpus, Acción de Amparo, Habeas Data, Acción de cumplimiento, y Acción de Inconstitucionalidad; los mismos que sirven como mecanismos inmediatos que permiten la protección rápida, adecuada y eficaz para la protección de los derechos constitucionales.

Debemos señalar que la finalidad con la que cuentan los procesos constitucionales, no se logra a través de la vía ordinaria, ya que los procesos ordinarios no tienen dicho fin de protección inmediata y además no siempre persiguen tutelar derechos fundamentales.

1.2. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Se trata de un Derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de nuestra Constitución; el mismo que garantiza a las personas que acuden ante el Órgano Jurisdiccional para proteger sus derechos, a través de la solución del conflicto o incertidumbre jurídica, y de esta forma obtengan un resultado ya sea positivo o negativo.

Para (Hinostroza, 2017), “Es el derecho de toda persona de ir al órgano jurisdiccional, para que a través de una petición pueda formular su pretensión, sea atendida y resuelta mediante sentencia”.

Entonces podemos decir que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho que se plasma en el ámbito procesal, permitiendo la exigibilidad de los derechos ante el órgano jurisdiccional del estado, el cual debe caracterizarse por su imparcialidad, idoneidad y transparencia, a través de procedimientos previamente establecidos en las leyes; ya que es el mecanismo de protección de los derechos e intereses, en virtud del cual todo sujeto de derecho está legitimado para reclamar, por sí mismo o en representación de otro, ante los órganos jurisdiccionales la protección inmediata de sus derechos cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o de un particular.

1.3 EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Es un derecho que hace extensivo a toda clase de acciones jurídicas, funcionarias ofreciendo toda clase de garantías que busca la protección del individuo para que durante el trámite se respete su derecho y se logre aplicar el correcto uso de justicia (Canales, et al., 2018).

En este marco es aquel principio que garantiza a que cada persona, que acuda al órgano jurisdiccional esta disponga de determinadas garantías mínimas para el resultado de un proceso judicial transparente, ya que, que el imputado tiene el derecho a nombrar un abogado de su libre elección y si no tiene se le nombrará un abogado público y además será escuchado por el Juez o también puede ejercer su derecho constitucional a guardar silencio (Campos, 2018). En concordancia con lo anterior, es un derecho esencial particular que requiere de una configuración en la norma legal y su exigencia es de inmediata efectividad ya que ofrece garantías mínimas en su protección del individuo.

2. EL PROCESO DE AMPARO

Se trata de un proceso constitucional cuya naturaleza es urgente, breve, y sumario, encaminado a evitar un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública (o remediar inmediatamente sus consecuencias). Con el cual se viola o se puede violar un derecho consagrado en la constitución o en convenios internacionales que amenace con causar un daño grave. (Bonifaz López, 2017)

En la legislación previa a nuestro vigente Código Procesal Constitucional, se planteó que el proceso de amparo tenía un carácter de alternativo, puesto que el accionante podía demandar tanto en la vía ordinaria laboral o en la vía constitucional; situación que quedó atrás con la entrada en vigencia de la Ley N° 28237, el cual varió de forma radical dicho modelo, e introdujo la actual figura de acción de amparo, en la cual se podía accionar siempre y cuando no existan vías ordinarias previas que resulten igualmente satisfactorias para la pretensión demandada; es decir que en la actualidad el proceso de amparo es netamente residual y no alternativo.

Asimismo, el proceso de amparo es aquel que tiene como objetivo principal proteger derechos constitucionales ante cualquier amenaza o vulneración por parte de una autoridad, funcionario o particular (Velásquez, 2013)

De igual forma, el amparo procede para la tutela de urgencia de un derecho constitucional a falta de otras vías judiciales específicas, igualmente protectoras o satisfactorias. Es claro que, para declarar la improcedencia del amparo, no basta con que existan otros procesos judiciales disponibles, lo que siempre es factible, sino que estos resulten suficientemente satisfactorios para tutelar la pretensión y que el Juez así lo establezca para no crear indefensión. (Zavaleta Revilla, 2015).

No debe dejar de tenerse en cuenta que el amparo ha sido concebido para requerimientos de urgencia que tiene que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales; dejando claro que solo cuando la vía ordinaria no sea efectiva ni idónea para la cautela de dichos derechos, o por la urgencia que se requiera para su protección, será posible accionar en la vía especial del proceso de amparo, siendo que dichas situaciones deberán ser debidamente analizadas por los juzgadores de manera aislada, es decir, caso por caso, para lo cual el accionante tendrá la obligación a través de sus medios probatorios de demostrar que el proceso de acción de amparo es la vía idónea, puesto que este proceso carece de una etapa probatoria, por ende los medios probatorios que el accionante presente deberán ser suficientes para acreditar la vulneración o amenaza de su derecho fundamental.

Por otro lado, el artículo 37° del Código Procesal Constitucional establece los derechos protegidos por el proceso de amparo, señalando en su inciso 25 “los demás que la Constitución reconoce”; vale decir, todos los demás derechos fundamentales reconocidos en la parte dogmática de la constitución formal, pero también en la constitución material, tal y como lo estipula el artículo 3 de la Constitución Política del Perú; es decir en dicho artículo se deja abierta (numerus apertus) la posibilidad de protección a nuevos derechos que pudieran surgir dentro de nuestra sociedad.

Así, la acción de amparo puede proteger los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o amenazas inminentes de su trasgresión, ello teniendo presente las excepciones correspondientes a los derechos tutelados por el hábeas corpus y el hábeas data; así como en el caso de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

Este proceso, según la regulación del Código Procesal Constitucional, estipula que el juez competente para conocer un proceso de amparo es el juez civilista o en su defecto el juez mixto del lugar donde se afectó el derecho; aunque la norma también señala que se puede interponer la demanda donde tiene su domicilio principal el afectado, quedando a elección del demandante; y si el caso fuera la sentencia de primera instancia sea apelada, deberá conocer la Sala Superior Civil y, cuando en segunda instancia se ha declarado improcedente o infundada la demanda, existe la posibilidad de interponer un Recurso de Agravio Constitucional para el que proceso sea revisado por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, es importante volver a recalcar que el carácter residual con el que cuenta el amparo que se desprende de las regulaciones generales contempladas en el artículo 5° del del código en mención, pero que se evidencia también del artículo 45° del mismo cuerpo normativo que establece su procedencia únicamente cuando “se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo” (Ley N° 28237, 2004). Además, debemos tener en cuenta la referencia sobre la improcedencia liminar establecida en el artículo 47 que señala la posibilidad de rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5°.

2.1. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO DE AMPARO.

De acuerdo con Cruz, (2019) señala los siguientes principios:

- a) Principio de dirección judicial del proceso.** De acuerdo a este principio el Juez es el que lleva a cabo la dirección del proceso basado en obligaciones de carácter procesal.
- b) Principio de gratitud en la actuación del demandante.** El camino para acceder a la justicia es gratuito, sin el menoscabo de pago de costos, costas y multas establecidas para todos los casos en la que la ley señale.

- c) Principio de economía procesal.** Este principio trata de evitar gastos innecesarios y tiempo para la obtención de un mejor resultado.
- d) Principio de inmediación.** Fundamenta que en las audiencias y todos los actos procesales realizados deben ser ante el Juez ya que no está permitido encomendar lo que le es consustancial a su cargo y función, ya que él es el guía del proceso, teniendo para ello el mayor contacto posible con los sujetos del proceso y elementos materiales.
- e) Principio de socialización del proceso.** Este principio aspira a que las partes procesales tengan las mismas condiciones que no se les debe negar a otro, evitando así desigualdades de raza, sexo, religión; etc.
- f) El impulso procesal de oficio.** Consiste en que los jueces poseen deberes de promover de oficio los procesos, dirigir y encuazar todos los proceso o procedimiento dirigidos a su competencia, hasta desenvolver asuntos involucradas e incluso cuando se trate de casos particulares.
- g) La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos cosntitucionales.** Consiste en que los jueces constitucionales deden adecuar las exigencias de las normalidades previstas en el código, para así conseguir el fin que tienen los procesos cosntitucionales.
- h) La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión.** Este principio indica cuando se presente una duda razonable en el proceso constitucional respecto si debe declararse concluido; el juez y el tribunal constitucional declarará su continuidad.

2.2. EL AMPARO RESIDUAL.

Como ya se dijo en líneas anteriores nuestra actual legislación regula el Amparo residual, dejando de lado el amparo alternativa; es decir que, el solo termino de residual equivale a señalar que la acción de amparo solo se puede activar cuando la vía ordinaria no resulte ser la idónea para tutelar el derecho constitucional invocado por el accionante.

Por su parte el Tribunal Constitucional hace mención al amparo residual, que ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Es por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la propuesta del demandante, esta no es la excepcional del amparo que, ya que, constituye un mecanismo extraordinario (EXP. N.º 4196-2004-AAITC, 2005).

Asimismo, se ha señalado que la acción de amparo procede solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo. (STC N° 0206-2005-PA/TC)

Al respecto, sobre si la vía laboral es igualmente satisfactoria o no, el TC ha señalado que dicha causal de improcedencia será aplicada siempre y cuando existan otros procesos judiciales que en la práctica sean rápidos, sencillos y eficaces, para la defensa de los derechos que protege el amparo, caso contrario es obvio el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolver la controversia (STC. EXP. 01387-2009-PA/TC, fundamento 3).

2.3. FINALIDAD DEL PROCESO DE AMPARO.

La finalidad de la Acción de Amparo consiste en salvaguardar de forma eficaz y efectiva todos aquellos derechos constitucionales, excluyendo a aquellos derechos que se encuentren protegidos por el proceso de Habeas Corpus o Habeas Data.

De acuerdo con el Código Procesal Constitucional, constituyen fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. En esa medida y de una lectura sistemática de dicha norma, se establece que el proceso de amparo tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (Ávalos, 2017).

2.4. ACTO LESIVO.

El acto lesivo constituye un presupuesto procesal del proceso de amparo que puede ser toda conducta por acción u omisión que proviene de cualquier autoridad funcionario o persona que amenace o vulnere cualquier derecho fundamental reconocido en la constitución, por lo que este acto tiene característica material y judicial que necesitan ser analizados; en lo que corresponde a lo material debe ser un sujeto activo, pasivo y la omisión concreta, encontrándose relacionados fácticamente.

2.5. CRITERIOS PARA ESTABLECER EL ACTO LESIVO EN EL AMPARO.

Pinillos (2009, p. 66) señala los siguientes criterios: En lo referente al acto lesivo o acto reclamado precisamos que se requiere tomar en cuenta los siguientes criterios para determinar la viabilidad del amparo:

- a. El momento de su realización (oportunidad de la afectación);
- b. El modo de afectación (intensidad de la afectación);
- c. Su posible reparabilidad (reparación de la afectación);
- d. La subsistencia de la lesión (vigencia de la afectación);
- e. La evidencia de esta /prueba de la afectación); y
- f. El no consentimiento del acto reclamado (disconformidad con la agresión).

De lo anterior se puede apreciar la existencia de criterios para establecer el acto lesivo generado por cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere un derecho constitucional, como **primer criterio** es el momento de su realización aplicación que indica el tiempo para acudir al órgano jurisdiccional para solicitarlo desde el momento de producido la afectación como **segundo criterio** es el modo de afectación indica que debe ser intensivo; como **tercer criterio** esta su posible reparabilidad indica que el derecho debe ser reparado ósea regresar al momento de ser vulnerado el derecho, como **cuarto criterio** es la subsistencia de la lesión esto es de 60 días para ser interpuesto al órgano u solicitar tutela, como **quinto criterio** es la evidencia de afectación indica que debe ser probado y como **sexto criterio** el no consentimiento del acto reclamado, implica que no se debe estar conforme con la agresión producida hacia la persona.

2.6. EXCEPCIÓN AL AGOTAMIENTO DE LAS VIAS PREVIAS EN EL AMPARO.

Debemos entender que las excepciones son medios de defensa que ejerce la parte demandada, a fin de evidenciar una deficiencia en la relación jurídica procesal válida, de este modo consigue que se suspenda el ejercicio de la acción o se destruya su eficacia; es decir, que con las excepciones se pone de manifiesta un defecto o falta de un presupuesto procesal o condición de la acción, puesto que en ningún

momento se ataca la pretensión propuesta en la demanda, por ello se dice que es una defensa de forma.

Al respecto el Código Procesal Constitucional ha incluido sabiamente el artículo 46° sobre las excepciones para agotar las vías por lo que, para interponer una demanda de amparo el artículo antes mencionado menciona taxativamente en qué casos se puede saltar la vía previa para solicitar tutela dentro de este artículo podemos mencionar el numeral 2 que indica se puede agotar la vía cuando el daño se convierta en irreparable producto de la demora del proceso es por ello que muchos procesos de amparos son aceptados y tramitados en la vía idónea ya que al ser interpuestos cumplen con los requisitos que invoca la norma. Por su parte el Tribunal Constitucional en su sentencia del (Expediente N° 1042-2002-AA/TC) ha manifestado se exime del agotamiento de vía previa cuando existan determinadas circunstancias que puedan convertirse en un requisito dañoso por lo que, tal agotamiento de la vía administrativa puede afectar derechos fundamentales, y por tal motivo el administrado debe eximir de cumplir con dicha exigencia.

Esta posibilidad de encontrarse exento de acudir a vía previa se da cuando ante la afectación del derecho constitucional el tránsito por la misma haga posible la ineficacia de la garantía constitucional o agrave la situación del afectado por lo que se omite recorrer por estos requisitos por lo que ante toda regla no se encuentra exenta de excepciones como señala el artículo 46° del Código Procesal Constitución que menciona no será exigible cuando la resolución que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo; cuando la agresión se convierte en irreparable; cuando no se encuentra regula la vía previa o ha sido iniciado innecesariamente por el afectado; no se resuelve la vía previa en los plazo fijados para su resolución.

2.7. AGOTAMIENTO A LAS VÍAS PREVIAS EN EL PROCESO DE AMPARO.

El amparo tiene la calidad de dar la última ratio último recurso, argumento o razón, por lo que tiene como regla general al artículo 45º del Código Procesal Constitucional expresando que sólo procede cuando se haya agotado todas las vías previas, por lo que en caso de duda sobre éstas se preferirá dar trámite a la demanda (Rioja, 2012).

Villena citado por (Cruz, 2019) define como aquellos procedimientos administrativos o institucionales encargados de resolver asuntos vinculados a la vulneración de derechos como son los constitucionales.

Por lo que la exigencia del agotamiento de la vía previa se convierte en requisito de procedibilidad de las demandas a nivel de toda la impartición de justicia.

Dado que el amparo es un mecanismo de tutela de derechos fundamentales de última ratio, por esa razón es que, si existen otras vías para la protección del derecho invocado, el amparo será improcedente, Es por esa razón que se hace referencia a la naturaleza subsidiaria del amparo, por lo que la competencia constitucional solo puede intervenir una vez que se haya comprobado que no existe otra vía igualmente satisfactoria para la tutela del derecho invocado, y si y solo si estas no ofrecen una protección satisfactoria más eficaz o al menos igual que el amparo, entonces es recién que se deberá acudir a este proceso constitucional (Ávalos, 2017).

3. HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIÓN:

3.1. HOMOLOGACIÓN:

Previo a pasar a analizar lo que es la homologación de remuneraciones como tal, debemos entender a lo que se hace referencia con el término de “homologación”; por lo que, se puede decir que en términos generales la homologación ha sido utilizada para hacer referencia a una equiparación entre dos cosas.

En términos económicos, la homologación se puede decir que es la acción de poner en relación de igualdad y semejanza dos bienes, haciendo intervenir variables físicas, de conservación, superficie, zona, ubicación, edad consumida, calidad, uso de suelo o cualquier otra variable que se estime prudente incluir para un razonable análisis comparativo de mercado o de otro parámetro. En el ámbito jurídico, la homologación es una acción administrativa del juez o del poder competente en el cual se tiene que comprobar acciones, convenios o sentencias para hacerlas firmes.

3.2. HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIÓN:

Ahora, en cuanto a la homologación de remuneración se debe mencionar que en el presente proceso bajo análisis estamos frente a una acción de amparo; sin embargo, el tema de fondo es si al demandante le corresponde o no la homologación de su remuneración, es decir, que su remuneración sea igual a la de sus compañeros, equiparando de esta manera sus salarios; la homologación salarial tiene sustento principalmente en el derecho a la igualdad, establecido en el inc. 2 del artículo 2 de nuestra carta magna.

La homologación salarial tiene como sustento legal al Principio de Igualdad y como base la aplicación de la regla del principio de igualdad en trato remunerativo en razón a la igualdad de funciones y desigualdad remunerativa.

Empero, para solicitar se homologue la remuneración se tiene que cumplir con determinadas circunstancias que se han ido estableciendo a través de los tiempos mediante jurisprudencia nacida de diversos análisis sobre la homologación de remuneración; es así que por ejemplo el Tribunal Constitucional ha señalado con carácter de precedente de observancia obligatoria los criterios mínimos que se deben tomar en cuenta al momento de resolver una homologación como son:

a) La procedencia del demandante y del homologo propuesto, con el cual se realizan las comparaciones, b) La categoría o nivel ocupación al que pertenece el homologo propuesto y el demandante; c) La antigüedad laboral en la empresa, d) Las labores realizadas por el demandante y el homologo propuesto; e) Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que se perciben en el caso del demandante y el homologo propuesto; entre otros que se puedan considerar necesarios y razonables.” (Expediente N° 208-2005-Pasco, 2005).

Es decir, en el presente caso bajo análisis el operador de justicia debió tener en cuenta lo antes mencionado a fin de determinar si se infringió o no el principio de igualdad de trato en el aspecto remunerativo; sin embargo, desde este momento se puede decir que todo ello hubiera requerido de una mayor actuación probatoria, la misma que no es posible en un proceso de acción de amparo -ello si nos basamos en un análisis de forma y mas no de fondo-.

Por otro lado, debemos señalar que hasta la fecha no existe un criterio uniforme sobre la vía idónea donde se debería demandar una homologación de remuneración; puesto que para algunos magistrados, por no decir, en su mayoría de magistrados refieren que la vía para demandar dicha pretensión es la Ordinario Laboral; sin embargo existe otra posición que señalan que la vía correcta es el proceso de Acción de Amparo, alegando que procede siempre y cuando esté totalmente acreditado la desigualdad de remuneración sobre la misma labor.

Finalmente, debemos señalar que en la actualidad la el Tribunal Constitucional ha establecido determinadas reglas para homologar una remuneración, las mismas que el Juzgador deberá tener en cuenta para cada caso en particular; a fin de determinar si corresponde o no otorgar una homologación de remuneración; puesto que incluso existen causas justificadoras de la diferenciación salarial.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha considerado que:

Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

Entonces, como ya se dijo anteriormente una desigualdad fundada en razones objetivas y razonables no implica discriminación

sino una diferenciación de trato lo cual es admitida constitucionalmente”. (Expediente N° 0048-2004-PI/TC, 2004)

Es decir, no solo se trata de que exista una diferencia remunerativa, sino que debe demostrarse que no existe una causa que justifique esa diferenciación, para ello debe analizarse diversos aspectos, como por ejemplo la trayectoria laboral del demandante, funciones que ha realizado o realiza dentro de la entidad para la que labora, la antigüedad en el cargo que desempeña en dicha entidad, nivel académico, capacitación profesional; etc.

Es así que, podemos decir por conclusión que la sola existencia de una diferencia remunerativa no nos sitúa automáticamente frente a un supuesto de desigualdad de trato remunerativo, ya que para que este se produzca, debe de haberse encontrado que no existan causas objetivas ni razonables que justifiquen aquel tratamiento diferenciado.

3.3. APLICACIÓN DE LA HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES.

Con referente a la aplicación de homologación de salarios en lo corresponde al Perú, se hace mención al artículo 24° de nuestra Constitución Política que nos precisa prescribiendo: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que preocupe para él y su familia, el bien, material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.” (Constitución Política del Perú , 1993).

El salario mínimo vital se determina conforme a los costos de vida y desarrollo económico del país esto es conforme a consulta de organizaciones y trabajadores además también infiere la tasa de inflación y capacidades del empleador.

3.4. CONVENIO 100 DE OIT SOBRE IGUALDAD DE REMUNERACIONES.

Al respecto el Convenio 100 de la Organización Internacional de Trabajo señala en su artículo 2.1 las personas de sexo femenino tienen el derecho de recibir los mismos honorarios que de las personas de sexo masculino, cuando ambos realizan actividades del mismo valor.

Esto implica que, se quiere romper las barreras de desigualdad de trato salarial entre hombres y mujeres. Adoptando mediadas como bases objetivas en función a evaluaciones del empleo que realizan cada trabajador.

Al respecto sobre el convenio 100 de la Organización Internacional de Trabajo menciona claramente sobre igualdad de remuneraciones no solo entre personas de sexo diferente, sino además en que debe existir igualdad entre personas que elaboran el mismo trabajo que por motivos extraoficiales existe diferencia salarial como es el presente caso de estudio donde existe una clara diferencia y discriminación salarial dependiendo esto del tipo de contrato al que pertenezcan.

4. EL DERECHO AL TRABAJO

En cuanto al derecho al trabajo, se puede decir que es uno de los derechos más importantes dentro de nuestra sociedad, puesto que el trabajo va a consistir en el esfuerzo humano orientado a la producción de riqueza, mediante el esfuerzo físico o mental para satisfacer necesidades propias (Rosas, et al., 2019), es por ello que es considerado uno de los ejes principales del Estado y ello se encuentra expresamente regulado en el artículo 22° de la Constitución Política.

Es así que nuestro supremo interprete de la constitución ha señalado que:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa” (Expediente n° 1124-2001-AA/TC, 2001). Por otro lado, desde el artículo 23° al 29° de nuestra Carta Magna, se desarrolla lo concerniente al derecho al trabajo tanto como un deber, así como un derecho inherente a la persona, siendo base para el bienestar social y un medio de realización de la persona; es por ello, que se presta especial atención cuando se trata de la protección de los derechos de un trabajador.

En resumen, toda persona tiene derecho a acceder a un empleo, para lo cual obviamente tiene que cumplir con determinados requisitos preestablecido por el empleador, ya sea para el sector público o privado; pero sobre todo una vez que se accede a un empleo, solo se puede ser despedido por una causa debidamente justificada.

4.1. SUJETOS DEL TRABAJO.

El trabajador: Es la persona física donde pone su capacidad a disposición de otra con la finalidad de realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios bajo orientación del empleador, bajo las modalidades convenidas en el contrato (Benavides y Díaz, 2013).

El empleador: Puede ser una persona física o conjunto de personas físicas con o sin personalidad jurídica propia que recibe la pretación del trabajador bajo la relación de subordinación y dependencia. Esta relación jurídica empleador-trabajador nace de un contrato de trabajo cumpliendo como función el empleador de contratistas (Benavides y Díaz, 2013).

4.2. EL CONTRATO DE TRABAJO.

Litala, citado por Chavez (2008) manifiesta que es el acuerdo de volundates entre dos partes: un trabajador y su empleador, obligando al primero a cumplir las funciones contractuales y al segundo a pagar por la contraprestación de la función realizada.

Por su parte Benavides y Díaz, (2013) sostienen que es una convención por la cual una persona calificada de trabajador asalariado, se compromete a cumplir actos materiales, generalmente de naturaleza profesional a beneficio de otra persona denominada empleador, por un salario.

4.3. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Debemos indicar que nuestra legislación laboral ha señalado que para poder hablar si estamos frente a la existencia de una relación laboral o no, se debe cumplir con determinados presupuestos; puesto que de no cumplirse no estaremos ante una relación de naturaleza laboral, sino por ejemplo una de naturaleza civil, puesto que, existe relaciones de naturaleza civil que contienen más de uno de los presupuestos de las relaciones laborales, no obstante, al no tenerlos todos, solo llegar a tener carácter civil.

A partir de lo anterior, es necesario delimitar los presupuestos para identificar con claridad frente a qué clase de relación jurídica nos encontramos en el caso en concreto, ya que las consecuencias jurídicas de una relación de naturaleza civil son muy distintas a las de una de naturaleza laboral.

La existencia de una prestación personal de servicios: Este presupuesto permite comprender que el trabajador necesariamente debe ser una persona natural; ello difiere en los casos de los empleadores, ya que aquellos pueden ser personas naturales o personas jurídica; además, este presupuesto permite diferenciar una relación laboral de una relación civil, en el extremo de que en materia civil existe una institución denominada locación de servicios, a través de la cual un locador adeuda servicios a determinado cliente, siendo posible que el locador sea una persona natural o una persona jurídica.

El carácter personal de la relación laboral supone que debe ser el trabajador y no otra persona quien se comprometa a ejecutar los servicios; por consiguiente, ningún dependiente ni un tercero puede sustituir al trabajador en la ejecución del trabajo; no obstante, esta regla, el artículo 5 Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que, “Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser

prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores” (Decreto Supremo N° 003-97-TR, 1997); es decir, que en ciertas excepciones, los trabajadores pueden ser ayudados por familiares directos que dependan de él; esta excepción a la regla solo será posible si es que la naturaleza de las laborales lo permite. Esta precisión respecto a la relación laboral resulta fundamental y permite, una vez más, distinguirla de una relación civil; en el caso de los locadores de servicios, para la ejecución del trabajo, estos se pueden valer de terceros o, incluso, sustitutos, bajo ciertas condiciones; no obstante, se entiende que la prestación de servicios es, en principio, de naturaleza personal, sin perjuicio de ello, en una relación civil de locación de servicios la prestación personal de servicios no es esencial, lo mismo ocurre con otra clase de relaciones civiles, tal como aquella que se da a través de los contratos de obra, en el que los obligados pueden, incluso, subcontratar para la ejecución de la obligación.

El presupuesto de la prestación personal de servicios genera la determinación de la extinción o suspensión de la relación laboral; dado que necesariamente el trabajador debe realizar el trabajo por el cual se ha comprometido, si este se incapacita o, en el peor de los casos, fallece, la relación laboral se suspendería o se extinguiría, respectivamente.

La subordinación: Es entendida como aquella relación entre el trabajador y el empleador, al respecto, es necesario precisar que el hecho de que el empleado se encuentre subordinado al empleador no significa que este puede hacer lo que le venga en gana con aquel, toda

vez que, en el ejercicio de las facultades de dirección, fiscalización y sanción, existen ciertos límites que el empleador no puede sobrepasar.

Asimismo, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no define qué debe entenderse por subordinación; sin embargo, sí señala sus alcances, tal como se advierte de lo dispuesto en el artículo 9° de la referida Ley.

La remuneración; El artículo 23° de la Constitución establece el derecho a percibir una remuneración por el trabajo efectivamente realizado; asimismo, prescribe que nadie se encuentra obligado de prestar o realizar algún tipo de trabajo sin percibir retribución; puesto que como es sabido en una relación laboral, el empleador al celebrar un contrato de trabajo, se obliga a cumplir con el pago de una remuneración al trabajador por los servicios prestados.

El artículo 6° de la LPCL¹ establece lo que constituye remuneración, estableciendo lo siguiente: “constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición” (Decreto Supremo N° 003-97-TR, 1997).

De la norma se derivan algunas características esenciales de la remuneración. Primero, la remuneración puede ser en dinero o en especie y necesariamente tiene carácter contra-prestativo, pero no se agota en aquel, ya que en algunas oportunidades el trabajador percibirá remuneración pese a que no se encuentre realizando trabajo efectivo; tal es el caso de los descansos vacacionales o licencias por enfermedad; ante estos supuestos, se produce la suspensión

imperfecta de labores; asimismo, existen conceptos remunerativos como las gratificaciones que se otorgan por motivo de fechas especiales; segundo, la remuneración puede tener diferentes denominaciones, ya sea sueldo, salario, honorarios, haberes, entre otros; y, tercero, la remuneración debe ser de libre disposición del trabajador, esto significa que el trabajador pueda disponer inmediatamente de la remuneración sin necesidad de efectuar otras actividades para obtener dinero que le permita satisfacer sus necesidades a través de la adquisición de productos de diversa naturaleza. A tenor de lo expuesto, los tres elementos esenciales de todo contrato de trabajo son la remuneración, la subordinación y la prestación personal de servicios; necesariamente dichos elementos deben concurrir copulativamente para aseverar que nos encontramos frente a un contrato de trabajo; caso contrario, se estaría frente a una relación de naturaleza civil; la determinación del tipo de relación laboral es trascendental, pues a partir de ello se podrá determinar las consecuencias e incidencias jurídicas de la situación en particular. Así, el que es parte de una relación laboral encuentra amparo en las normas laborales y en la Constitución que le reconocen una serie de derechos de exigencia necesaria.

4.4. REGÍMENES LABORALES EN EL ESTADO PERUANO.

Benavides y Díaz (2013) mencionan que en el estado peruano existen dos tipos de regímenes laborales.

Regimen laboral del sector público: Son las que se rigen por las normas determinadas por el estado, en donde el trabajador accede a este sector a través de concurso público para ocupar un puesto determinado. Reiterando que los trabajadores que pertenecen a la administración pública son empleados del estado y que para su incorporación participaron a través de un concurso interno o público.

Regimen laboral del sector privado: Se rigen por normas determinadas por el estado, y por las partes que acceden por medio de un contrato de trabajo celebrados entre el trabajador y empleador quienes determinan los derechos, obligaciones dentro de la norma señaladas. Por su parte Gómez (2015) menciona que los empleos privados son aquellos que pueden ser permitidos sin que requieran cumplir con las formalidades exigentes para su ejecución, Es la empresa la que señala aspectos relacionados, por ejemplo, con la formación académica, experiencia funcional, formación en seguridad y salud laboral. Conocimientos varios en Office e inglés intermedio o haber adquirido competencias como: tolerante a la presión, atento a los detalles, perseverante, adaptado al cambio y la adecuada atención y orientación al cliente. Es necesario resaltar que ambos tipos están protegidos por el estado.

4.5. DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO PÚBLICO Y PRIVADO.

La diferencia entre contrato público y privado es que en el primero se celebra directamente con el estado, utilizando los recursos dinerarios del depositario o contribuyente y los servicios a obtener están orientados al beneficio del pueblo en su conjunto y no a individualidades, por lo que se exige mayor transparencia en todo el proceso de selección del personal a contratar. Incluso puede participar la figura del notario. Cuando se trata de la contratación de empresas, se convocan a licitación en la cual entran a competir varias del rubro requerido. Por su parte, la contratación privada, al emplear recursos propios de una persona o entidad jurídica, son ellos los que pueden darle más flexibilidad a los términos y condiciones donde se señalan los elementos de las negociaciones surgidas de común acuerdo. Por ser dos partes jurídicas o naturales distintas tiene un carácter interno o cerrado y el acuerdo contractual puede ser verbal o escrito.

4.6. DIFERENCIAS LABORALES ENTRE LOS RÉGIMENEN DEL DECRETO LEGISLATIVO 276 Y DECRETO LEGISLATIVO 728.

El Decreto Legislativo N° 276 es el que se aplica a los designados, nombrados o contratados, pero bajo el régimen laboral público; en este régimen, el ingreso obligatorio es a través de concurso público de méritos con plaza presupuestada; tal como establece el artículo 1 de la acotada Ley, se regula “un conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter establece prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública”. (Decreto Legislativo N° 276, 1984).

En el artículo 3 se establece los deberes de los servidores públicos, entre las que se encuentra el cumplimiento del servicio público con el fin de lograr el desarrollo del país y sin perjuicio de los periodos de gobierno; poner por encima los intereses públicos o comunes por sobre el interés particular; la constitución de un grupo con tendencia hacia la superación; desempeñar las labores en el servicio público con valores como la honestidad, la eficiencia, la laboriosidad y vocación; mantener una conducta digna tanto en el ejercicio del cargo público como en su vida social. En cuanto al ingreso a la Carrea Administrativa, los únicos requisitos son ser ciudadano peruano en ejercicio, acreditar una buena conducta y salud comprobada; reunir los atributos propios del grupo ocupacional, ser admitido y aprobado en un concurso público de admisión; para ingresar necesariamente se tendrá en cuenta el nivel inicial de cada grupo ocupacional, cuyas vacantes se establecerán en función del presupuesto de cada entidad.

Respecto a las remuneraciones de los servidores públicos sujetos bajo el régimen 276, el artículo 44 establece la prohibición de que las Entidades Públicas negocien con sus servidores, de forma directa o mediante sus organizaciones sindicales, aspectos vinculados

a condiciones de trabajos o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que varíen el Sistema Único de Remuneraciones; además, el artículo 46, respecto a la unidad remunerativa pública, establece que el haber básico de los servidores públicas se regirá en proporción a URP, cuyo monto necesariamente es fijado a través de Decreto Supremo y con aprobación del Consejo de Ministros en consideración, evidentemente, de las políticas de Gobierno y el presupuesto público. Las remuneraciones de los funcionarios ya se encuentran previamente fijadas; en la Carrera Administrativa existen 14 niveles, y a partir de dichos niveles se fija la Unidad Remunerativa Pública, en el caso del nivel inferior, el haber equivale a 1 URP; además, el Decreto Legislativo establece que, en el caso de los servidores contratados, la remuneración se fija de acuerdo al contrato respectivo y no conlleva el otorgamiento de bonificaciones ni beneficios que Decreto Legislativo establece, pues en estos casos se aplicaría el Decreto Legislativo 728.

A diferencia del Decreto Legislativo objeto de comentario, el Decreto Legislativo N° 728 y su reglamento regulan el régimen laboral de la actividad privada, un personal contratado puede laborar en el sector público, pero se le estaría aplicando el régimen 728 y sino el 276, en tanto no ha sido nombrado ni ha ingresado a laborar por concurso público, sino por contrato de trabajo ordinario. Lo elemental de estos vínculos laborales es la existencia de subordinación, prestación personal de servicios y una contraprestación que se manifiesta en la remuneración; sobre este último, el artículo 39 de este Decreto Legislativo establece que “la remuneración será el íntegro de lo que perciba el trabajador por su servicio, ya sea en dinero o en especie, pero siempre que sea de su libre disposición” (Decreto Legislativo N° 728, 1991); es decir, la remuneración no se encuentra presupuestada, en tanto no es parte de un régimen público, en el régimen privado, el

trabajador puede convenir con su empleador su remuneración a percibir, ello evidentemente no se puede hacer en el caso del régimen del Decreto Legislativo N° 276. A tenor de lo expuesto, el problema empieza cuando se trata de un trabajador del sector público, pero que se encuentra sometido al régimen laboral privado, en tanto es un trabajador contratado; el principal problema es determinar si el trabajador puede convenir o no su remuneración, el segundo problema se deriva de lo anterior, y es si el trabajador puede, a través de su organización sindical, negociar el incremento de su remuneración, aun cuando es conocido que las entidades públicas tienen un presupuesto asignado. En suma, existen múltiples diferencias entre el régimen aplicado al sector privado y el aplicado al sector público; las principales diferencias son en materia de remuneración, así como en el ejercicio de la negociación colectiva; además, el régimen previsto para el sector privado admite muchas más posibilidades de contratación que el fijado para el sector público.

4.7. DISCRIMINACIÓN LABORAL.

Se entiende por discriminación laboral a la alteración o anulación de la igualdad de oportunidades o de trato ofrecido en el requerimiento de personal para un puesto de trabajo o en su defecto el de ascender a un puesto mayor, o por otra parte a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basados en motivos de raza, sexo, condición económica, o de cualquier otra índole.

5. LA REMUNERACIÓN

Conforme al Expediente N° 0020-2012-P1/TC citado por Auris et al. (2018) consiste en que el empleador emite sus haberes al trabajador en correspondencia a la contraprestación por los servicios ofrecidos por éste, dicha remuneración debe estar de acuerdo a la denominada canasta familiar, además le debe permitir cubrir gastos de sus necesidades básicas y mejorar su calidad de vida. En lo concerniente a la remuneración se puede definir, como aquella percepción o retribución monetaria que se recibe por un trabajo realizado ya sea de manera profesional o no con la que se va satisfacer las necesidades básicas de un hogar o personales.

LA REMUNERACIÓN EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 728.

Al respecto nuestro ordenamiento Jurídico en el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que por remuneración de debe entender como el íntegro de lo que se le brinda al trabajador por sus servicios entregados, ya sea en dinero o en especie, bajo cualesquier forma o denominación que se les determine, siempre que ello sea de su libre entrega, concordante con lo establecido por el artículo 7 de la misma norma. Esta definición jurídico legal corresponde entre ellos a la cuantificación monetaria mediante un procedimiento de cálculo administrativo la que va determinar el porcentaje que va otorgar el empresario por la labor o trabajo recibido, por lo que la ley responde con exigencias a quienes van a determinar el salario.

LA REMUNERACIÓN EN LA LEY 276.

El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones, en su Artículo 8°, señala que el desempeño laboral se retribuye con equidad y justicia, estableciéndose una compensación económica adecuada dentro de un Sistema Único de Remuneraciones.

5.1. CARACTERÍSTICAS

Sobre las características de la remuneración el Tribunal Constitucional ha señalado las siguientes: a) Carácter retributivo y oneroso, es decir, que la esencia de la suma o especie que se den corresponda a la prestación de un servicio, cualquiera sea la forma o denominación que adopte; b) el carácter de no gratuidad o liberalidad, por cuanto los montos que se otorguen en forma graciosa o como una liberalidad del empleador no viene a ser remuneración; y c) el carácter de ingreso personal, es decir, que dichas sumas ingresan realmente al patrimonio del trabajador. (Casacion Laboral N° 14285-2015-Lima, 2015)

5.2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SALARIO.

Gómez (2015) al respecto manifiesta que el salario está amparado en reglas jurídicas tal como lo estipula el artículo 24 inciso 2 de la Constitución y otras de carácter internacional, debido a la acreencia por convenir del trabajador y deuda del empleador, obligados a honrar las condiciones impuestas por el contrato de trabajo, convenciones colectivas, la ley, usos y costumbres, mientras estas no hayan prescrito. Ya que la remuneración tiene reglas jurídicas e imperativas bien precisas de su abono. Su justificación nace del carácter sinalagmático; incluso posee carácter persecutorio (D. Leg. N° 856). Problema central es el orden público del salario, pero también es imperdonable existentes antes las dificultades para pagarlo por razones coyunturales; pero también estructurales en caso de insolvencia de la empresa.

5.3. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN RELACIONES LABORALES.

Al respecto sobre este apartado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020) interpreta el contenido del principio de

igualdad y no discriminación estableciéndolo en su artículo 1° indicando que este principio se desprende directamente de la naturaleza humana y a la vez es inseparable de su dignidad y forma parte de lo esencial como persona, por lo que será incompatible toda situación que considere superior a un determinado grupo a tratarlos con privilegios o a la inversa y lo trate con hostilidad por lo que el estado está obligado a crear situaciones de discriminación.

Por otra parte, también manifiesta que está prohibido la discriminación de cualquier tipo, eso incluye a la igualdad ante la ley y la protección que esta necesita a favor de todas las personas. Así mismo esta prohíbe aquellas cuyo impacto discriminatorio esta entre categorías de personas aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria.

Adicionalmente la CIDH también ha manifestado que no toda distinción de trato pueda considerarse ofensiva por sí misma, sino toda aquella distinción que carece de justificación objetiva y razonable, defendiéndolos entre distinciones y discriminaciones.

5.4. PRINCIPIOS APLICABLES A LA REMUNERACIÓN EN CONSONANCIA CON EL DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad tiene una especial importancia en el derecho laboral; nuestra Constitución reconoce a dicho derecho como un principio fundamental de las relaciones y vínculos laborales, una de las facetas mediante las cuales debe manifestarse el derecho a la igualdad es en la remuneración; al respecto, también existen ciertos principios a observar a fin de evitar desigualdades, por lo que, tomaremos como referencia los tres principios delineados por (Blume Moore, I. , 2011)

En primer lugar, la prohibición de la discriminación salarial es una exigencia contenida no solo en diversos Convenios de la OIT, sino que, además, es pieza fundamental e indispensable para todo vínculo laboral enmarcado dentro de los parámetros de la Constitución nacional.

El Convenio 111 de la OIT intenta plantear normativamente ciertas exigencias a los Estados miembros a efectos de que en sus legislaciones internas respeten el derecho a la igualdad y a la no discriminación; en virtud de este Convenio, constituirá un acto de discriminación toda actividad que genere diferencias en materia de salario y que se encuentre motivado por una de las razones prohibidas por el referido Convenio.

La determinación de si determinada diferencia salarial es o no discriminatoria debe obedecer a corroborar la existencia de algunos elementos esenciales, a saber, un acto, un motivo, y un resultado; en otros términos, si un empleador modifica unilateralmente el salario de dos personas, aumentándole a uno de ellos, debido a género, estaría cometiendo un acto totalmente discriminatorio a raíz de la diferencia salarial.

Es cierto que la libertad de empresa puede ser asumida como parte de la libre expresión de voluntad del empleador para fijar la cuantía de la remuneración; sin embargo, la libertad de empresa, al no ser un derecho absoluto, encuentra su límite en que las actuaciones que devengan del ejercicio de la libertad de empresa no causen detrimento al derecho a la igualdad, en tanto este principio-derecho debe estar presente en toda relación laboral.

Las diferencias salariales y los actos de discriminación no siempre serán directos; en algunas oportunidades los actos de discriminación a través de la discriminación salarial aparecerán ocultos, ello se produce cuando el empleador, en apariencia, adopta políticas de empresa de conducta neutral; sin embargo, aquellas traen aparejada, de forma intrínseca y no evidente, una consecuencia desproporcional e irrazonable para determinado grupo de trabajadores.

Un claro ejemplo de discriminación indirecta salarial es el cuándo en determinada empresa tanto varones como mujeres realizan la misma actividad y son de la misma categoría y calidad de trabajador; sin embargo, pese a ello, las mujeres perciben menor remuneración, en razón de que aparentemente “las mujeres le ponen menos esfuerzo en razón de su condición de mujeres”; ello, a todas luces, representa un acto de discriminación indirecta, pues en apariencia existe un motivo neutral; no obstante, en la práctica se aprecia la discriminación. En segundo lugar, se debe tomar en consideración el principio de igualdad en las remuneraciones; este principio supone, como ya anteriormente, se ha señalado, que ante situaciones iguales se dé el mismo trato, pero que, ante situaciones distintas, se dé un tratamiento diferenciado. No todo tratamiento diferenciado es inconstitucional o arbitrario, sino solo aquel que no se encuentra fundado en razones objetivas y razonables.

La prohibición que se deriva del principio de igualdad es la de no tratar de forma distinta a dos personas iguales y, por tanto, no tratar de forma igual a dos personas distintas; la diferencia razonable no es prohibida, sino solo aquellos actos de desigualdad que se constituyen en arbitrarios; el mandato de optimización contenido en el principio de igualdad no solo es una exigencia que debe observarse en el sector público, sino también en el privado.

Estos tres principios son manifestaciones directas de la igualdad material que debe existir en materia remunerativa en todas las relaciones laborales; los empleadores deben encargarse de que mediante su actuación no se vulnera el principio-derecho a la igualdad; además, deben abstener de todo tipo de discriminación, ya sea directa o indirectamente; es decir, debemos entender que no todo trato diferenciado será considerado como discriminación, sino solo aquel que no vulnera derechos fundamentales de terceras personas y que no se encuentre debidamente justificado; como se observó, es constitucionalmente aprobado la implementación de medidas de discriminación positiva tendientes a corregir una situación de desigualdad existe.

5.5. DISCRIMINACIÓN EN LA REMUNERACIÓN LABORAL.

Asimismo Ramírez, (2016) agrega que la Carta Magna del Estado en el artículo 24° hace mención a los beneficios que tiene el trabajador sobre la remuneración que debe ser equitativa y justa con la que va a solventar a su familia.

Por su parte la Ley 26772 (1997) sobre discriminación laboral en su Artículo 2 menciona que es la vulneración de igualdades, de trato y oportunidades por razones de raza, color, sexo, religión y otros factores que mellan el progreso y asenso profesional u ocupacional (Leyes, s.f). Por otra parte, la discriminación laboral consiste en toda distinción, exclusión o preferencia de trato que puede ocurrir por algún motivo o causa de una relación de trabajo, esta se base en un criterio de raza, color, sexo, religión, sindicación, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y tiene como efecto producir alteraciones o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por otro lado, la discriminación dentro de la relación laboral puede traducirse en múltiples conductas, no sólo referidas al acceso al

empleo, sino en aspectos vinculados a la prestación de servicios laborales, teniendo un campo de aplicación amplio o extensivo, el cual incluye situaciones como condiciones de trabajo, la capacitación y formación profesional, igualdad salarial por un trabajo de igual valor, la seguridad en el empleo, que ocupa una etapa pre-ocupacional, durante la relación laboral misma y, por último, una vez extinguida la relación laboral etapa post-ocupacional. Por lo que puede haber en cada una de estas etapas conductas discriminatorias.

5.6. LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL EN EL CONVENIO 111 DE LA OIT.

Al respecto el convenio 111 se refiere explícitamente sobre discriminación en materia laboral ya que es uno de los convenios más importantes dictado por la Organización Internacional del Trabajo que hace referencia a la lucha contra la discriminación, a cuáles pertenecen varios países entre ellos el Perú la cual se comprometieron a promover leyes sobre cualquier tipo de discriminación por razón de raza, sexo, color, etc. Que tenga por efecto alterar la igualdad de oportunidades en el empleo. El convenio 111 de la OIT claramente expresa el sentir de la existencia de discriminación laboral, es por ello que, el Estado ha ratificado tales convenios con la preocupación y esfuerzo de cambiar el sentir de los trabajadores que han experimentado tales discriminaciones y que en la actualidad.

5.7. LA REMUNERACIÓN EN LOS CONVENIOS INTERNACIONAL AL QUE PERTENECE EL PERÚ.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este pacto reconoce a la remuneración como aquello que constituye un derecho humano o como un derecho social, reconocido en los incisos 2 y 3 del artículo 23° la misma que señala: “2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo 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". (Declaración Universal de los Derechos Humanos, s.f.).

En el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales. Este pacto reconoce en su artículo 7° que los estados que firman el presente pacto que reconocen el derecho a toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración que proporcione a los trabajadores de una remuneración sin distinción ni condicione de ninguna especie que dignifiquen al trabajador. (Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f.)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Al respecto sobre la proclamación del tratado en su artículo XIV establece que toda persona tiene el derecho al trabajo con condiciones dignas y a su vez a seguir libremente su vocación siempre que permita la oportunidad que el empleo le otorga. Por lo tanto, Toda persona que trabaja tiene el derecho a percibir una remuneración en relación a su capacidad asegurándole un nivel de vida satisfactorio para toda su familia y para sí mismo. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, s.f.)

CAPITULO III

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

A partir de los problemas descritos y el marco teórico elaborado, llegamos a esta etapa de análisis del problema, siendo los siguientes.

Determinar si corresponde o no al recurrente la homologación de su remuneración. Debemos tener en cuenta que, necesariamente se debe empezar precisando cuáles serían los fundamentos para homologarlo; en principio, el recurrente señaló que sus compañeros del trabajo que realizaban las mismas actividades ganaban mucho más que él, lo cual fue debidamente acreditado a través de las boletas respectivas; en ese orden de ideas, el recurrente consideró que, al ser labores similares, la remuneración debe ser igual.

Sin perjuicio de lo ya precisado, desde ya se puede apreciar un trato diferenciado para los compañeros laborales del recurrente y el recurrente; sin embargo, para la procedencia de la homologación es necesario verificar que el trato diferenciado es, en realidad, un trato discriminatorio, ya que, de comprobarse, inmediatamente correspondería la homologación; en cambio, si se verifica que no constituye un acto discriminatorio, en tanto el tratamiento diferenciado se justifica objetiva y razonablemente, la homologación no correspondería.

A partir de los hechos del caso, existen dos puntos de comparación; por un lado, la situación laboral del recurrente, quien es un trabajador contratado y que, por tanto, se encuentra sometido al régimen del Decreto Legislativo N° 728; y por otro lado, la situación de los compañeros del recurrente, quienes son trabajadores nombrados y que, por consiguiente, se encuentran sometidos al régimen del Decreto Legislativo N° 276, esto es, el régimen público.

Como ya se delimitó en el marco teórico, los regímenes ya referidos poseen diferencias sustanciales; la primera diferencia es que uno se refiere a aspectos que se aplican de forma general al sector privado, mientras que el otro se refiere a aspectos normativos de aplicación única y exclusiva a los empleados públicos o, de ser el caso, a obreros nombrados; estos regímenes son los únicos contemplados para los trabajadores que laboran en las Municipalidades. Otra diferencia de estos dos regímenes es que, en el caso del régimen privado, no se necesita aprobar ningún tipo de concurso de méritos ni tampoco haber obtenido una vacante de un concurso público, sino que basta el acuerdo discrecional entre el empleador y el trabajador; en otros términos, basta la mera voluntad del empleador de consentir que el trabajador labore en la empresa y, por consiguiente, la voluntad del trabajador de efectuar labores o prestar servicios a dicho empleador. En cambio, en el régimen público, es necesario que previamente los empleados hayan superado un concurso público al que todos los que cumplían con las exigencias mínimas pudieron haber postulado; en estos casos, las vacantes son limitadas y no existe discrecionalidad o mera voluntad del empleador para contratar, sino que solo son nombrados como empleados públicos aquellos que satisfacen, primero, los requisitos mínimos de la convocatoria y, segundo, aquellos que alcancen los puntajes más altos en el concurso público.

En definitiva, es evidente que existen diferencias entre los trabajadores (objeto de comparación) y el recurrente, en tanto existen diferentes condiciones laborales para cada uno; ahora bien, otro punto a determinar es si es que el hecho de que los otros trabajadores hayan sido nombrados justifica que el recurrente reciba una remuneración distinta; ya se explicó la diferencia entre los dos regímenes, correspondiendo determinar cuál es la razón por la que ser parte del régimen público, en el caso concreto, acarrea de una mayor remuneración, que el ser parte del régimen privado.

Ser un empleado o trabajador nombrado implica superar un concurso público, el cual suele ser bastante riguroso; por lo general, en los concursos públicos se toman en cuenta experiencia, conocimientos, legajos en otras materias, entre otros requisitos previos; y solo podrán participar de la convocatoria quienes reúnen los requisitos y se encuentren aptos; el concurso público podrá consistir de diversas etapas; sin embargo, por lo general, existen facetas de evaluación que culminan con un examen, en donde se pone a prueba al postulante.

Estos concursos suelen ser muy concurridos, en tanto laborando para el Estado uno puede realizar una carrera administrativa e ir escalando posiciones; además, los sueldos ya se encuentran debidamente presupuestados y fijados, de manera que ello le otorga seguridad al empleado; en razón de la mucha competencia y de las pocas vacantes, solo se elige a quienes son los más aptos, de modo que la mayoría de los postulantes, pese a ser muy aptos, no logran ser los mejores obteniendo uno de los más altos puntajes de calificación. En razón de todo este tránsito por el que tiene que andar el postulante, se entiende que ya una vez siendo empleado recibirá una remuneración de acuerdo a sus competencias, habilidades, aptitudes, legajo y experiencia. De ahí que la mayor competencia de un trabajador nombrado a diferencia de un trabajador contratado sea uno de los motivos por los que un trato diferenciado se encuentra justificado.

Como se expuso anteriormente, no toda diferenciación necesariamente será discriminación, sino solo aquella que no se encuentra sustentada debidamente; por ello, es necesario que todo trato diferenciado se condiga con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues, de lo contrario, el trato diferenciado sería discriminatorio.

El principio derecho a la igualdad en ninguna circunstancia significará que se trate a todos los trabajadores de la misma manera; en el caso en concreto, este principio no exige que se les remunere a todos los trabajadores de la misma manera, ya sea que realicen actividades propias de un serenazgo o no; sino que este principio exige que, a todos los trabajadores, que realizan las mismas actividades y cuyas condiciones o situaciones jurídicas son las mismas, reciban la misma remuneración; en sentido contrario, los trabajadores que no realizan las mismas actividades y aquellos cuyas condiciones jurídicas sean distintas, podrían recibir una remuneración distinta y, por tanto, ello no sería atentatorio del principio de igualdad. Lo que, es más, puede ocurrir que trabajadores que realizan las mismas actividades, es decir, cuya situación fáctica es la misma, tenga situaciones o condiciones jurídicas distintas, lo cual genera que el tratamiento no sea el mismo. Ello es precisamente lo que ocurre en el caso en concreto, pues tanto el recurrente como los otros trabajadores tienen diferentes condiciones jurídicas laborales, pese a que realizan la misma actividad laboral, esto es, a pesar de que el supuesto de hecho sean los mismos.

En el caso del recurrente, es un obrero contratado, cuyo contrato se originó judicialmente; en cambio, los otros trabajadores con los cuales el recurrente se intenta comparar son obreros nombrados; quienes ya han satisfecho una serie de requisitos y se han sometido a un concurso público para obtener una plaza o vacante en el trabajo. En otros términos, estos últimos han sido los más competentes de todos los que postularon a la plaza pública, razón por la que la situación del recurrente es totalmente disímil a la situación de los otros trabajadores.

La doctrina y la jurisprudencia ha reconocido que el principio derecho a la igualdad y no discriminación no es absoluto, de manera que acepta límites y excepciones; tal es el caso de lo que la doctrina ha tenido a bien a entender como el criterio de méritos, que justifica un diferente tratamiento; el criterio del

mérito permite generar una diferenciación entre aquellos cuyo esfuerzo ha sido más riguroso y quienes no han prestado el debido esfuerzo. Además, en el caso de los puestos alcanzados por méritos provenientes de un concurso público, el tratamiento diferenciado se origina a partir del riguroso proceso de selección por el que transitó el seleccionado a diferencia de otro trabajador contratado que, en la eventualidad, no tuvo que competir con miles de postulantes.

Cabe recordar que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado que no basta que los trabajadores se encuentren en la misma categoría ocupacional; en el caso en concreto, tanto los trabajadores objeto de comparación como el recurrente son obreros que prestan servicios de vigilancia en la provincia de Cajamarca; además de la misma categoría ocupacional, es una exigencia que los servicios o trabajadores en comparación tengan el mismo nivel ocupacional; en el caso en concreto ello no sucede, toda vez que los otros obreros son nombrados, mientras que el recurrente es un obrero contratado. A partir de lo anterior, es evidente que no se le vulnera el derecho a la igualdad por la diferencia en el monto de remuneración que percibe el recurrente y los demás recurrentes; adicionalmente, un punto medular que es constantemente alegado por el recurrente es que se deben valorar los hechos y no la forma, en tanto desde el Estado de Derecho, la ley solo se ha encargado de regular el hecho y no a modificarlo ni variarlo.

Si se parte de esa premisa, evidentemente comprobaremos que el haber obtenido un puesto de trabajo en el Estado a raíz de un concurso público no supone una mera formalidad, como en algún momento el recurrente supuso, sino que es sustancialmente distinto a lo hecho por el recurrente; los trabajadores que alcanzaron una vacante en el Estado a raíz de un concurso público, previo a su postulación tuvieron que tener vasta experiencia, desarrollar conocimientos, pulir aptitudes y competencias a

efectos de ser seleccionados, razón por la que materialmente no se puede dejar de considerar todo ello, con el pretexto de un igualitarismo absoluto.

Además, no es de justicia que un trabajador, que se esforzó para ser nombrado en un concurso público del cual salió exitoso, reciba el mismo tratamiento que un trabajador que ingresó a laborar por contrato; ello, en definitiva, sí atentaría contra el derecho a la igualdad. Por consiguiente, en el caso en concreto no se vulneró el principio derecho a la igualdad, en tanto se está haciendo un trato diferenciado ante situaciones disímiles. Determinar si en el presente proceso bajo análisis correspondía al accionante demandar en la vía de amparo o hacer uso una vía alternativa.

De lo anteriormente señalado en el marco teórico, podemos hacer una primera apreciación, la misma que corresponde a la etapa de calificación de demanda, puesto que es el primer filtro mediante el cual se evidencia un vicio ya sea de inadmisibilidad o de improcedencia, y por ende se debe realizar un análisis exhaustivo tanto de los fundamentos de hecho vertidos en la demanda, como lo establecido por la Ley de la materia.

En el presente caso, el A quo para admitir a trámite la demanda basó sus fundamentos en que se trataba de la afectación de un derecho constitucional como es el derecho del trabajo del accionante; sin embargo, debemos tener en claro que el Inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales cuando: “existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Habeas Corpus”. Es decir, al haber el punto en controversia girado sobre la homologación de la remuneración del recurrente, correspondía que la misma sea ventilada en una vía específica, como es la del Proceso Ordinario Laboral; mas no en un proceso de Acción de amparo, puesto que no se trata de la reposición de un derecho

constitucional del que haya estado gozando o ejerciendo con anterioridad el accionante, sino de que se reconozca recién un presunto derecho a percibir la misma remuneración que vendrían obteniendo otros sus compañeros como trabajadores municipales que se encuentra en la misma situación; sin embargo, esta situación planteada no se tuvo en ningún momento en cuenta al momento en que se admitió la demanda, de lo contrario se hubiera estado bajo una causal de improcedencia.

Otro aspecto por el cual consideramos que la demanda debió ser ventilada en la Vía Ordinaria, es por la sencilla razón de que un proceso de acción de amparo carece de una etapa probatoria, la misma que para el presente caso se hizo necesaria al haber el colegiado de segunda instancia indicado que el accionante no logro demostrar con medio probatorio alguno lo solicitado, teniendo como resultado que el Ad quem revoque la sentencia fundada la demanda.

Además, de que la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 26497, considera dentro del su artículo 2° inciso c) que se conocerán las pretensiones que tengan que ver con “Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral”; es decir que dicha normativa contiene a la pretensión del presente proceso; por lo que, teniendo en cuenta el carácter de residual del proceso de amparo, y teniendo en claro cuándo se debe considerar que existe una vía alternativa igualmente satisfactoria, se debió de declarar por ende la improcedencia de la presente; es decir, que a nuestro parecer no correspondía activar la vía constitucional de Acción de Amparo, sino que el demandante debió hacer uso de la vía ordinario laboral.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. En el expediente analizado, se concluyó que no existe ningún tipo de discriminación, ya que, pese a que las situaciones de hecho de los trabajadores sean las mismas, su situación o condición jurídica no lo es; además, cabe recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que el principio-derecho a la igualdad no es absoluto, de manera que una de las excepciones es respecto al origen o procedencia del trabajador, así como el nivel ocupacional, siendo en el caso concreto totalmente disímil; por consiguiente, ante casos disímiles, el tratamiento debe ser distinto.
2. No todo tratamiento diferenciado será discriminatorio, sino solo aquel que no se encuentra justificado por razones objetivas, proporcionales y razonables; de esa manera se encuentra proscrita toda forma de discriminación, ya sea directa, a través de actos de hostilidad, o indirecta, a través de aparentes conductas neutrales, pero que en la práctica el perjuicio y afectación se hace evidente
3. Que el demandante no ha agotado la vía ordinaria laboral para interponer su demanda, ya que los procesos constitucionales son sumarios y carecen de esta etapa probatoria, por consiguiente, el proceso necesitaba de una etapa probatoria y por lo tanto fue declarado fundada la excepción de incompetencia
4. No se ha demostrado que el derecho alegado este dentro de las excepciones al agotamiento a las vías previas como indica el artículo 46 en el numeral 2 del Código Procesal Constitucional ya que la agresión no conviene en irreparable.

CAPITULO V

RECOMENDACIONES

1. Se podría recomendar a nivel jurisdiccional que el juzgador preste mayor cuidado al momento de admitir una demanda de acción de amparo, teniendo presente la normativa aplicable para cada caso, los cuales no siempre presentan una misma situación; ello a fin de evitar que se genere dilación de tiempo en la tramitación de un proceso.
2. Se recomienda mayor proactividad a fin de encontrar una solución adecuada para disminuir las diferencias que se puedan presentar en los trabajadores del sector público y los del sector privado, disminuyendo la brecha de sus derechos fundamentales entre ambos sectores, toda vez que nuestra legislación ha sido clara al señalar que las características propias del régimen privado y del régimen público.

CAPÍTULO VI

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **Aguila, G., & Pacheco, J. (2013). El A.B.C del Derecho Procesal Constitucional. EGACAL. San Marcos.**
2. Alarcón, C. (2017). LP Pasión por el derecho. Obtenido de Pautas de la Corte Suprema en materia de homologación de remuneraciones: <https://lpderecho.pe/pautas-corte-suprema-homologacion-remuneraciones/>
3. Auris, F., Arévalo, J., & Toledo, O. (2018). Summa Laboral. Nomos & Thesis.
4. Ávalos, V. (2017). El amparo laboral. Recuento y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional emanados del proceso de amparo. Jurista editores.
5. Benavides, C., & Díaz, T. (2013). Derecho individual del trabajo. (Nuevas tendencias en el proceso de globalización de la economía. Primera edición. Grijley.
6. Blume Moore, I. , Mejoras Salariales, Principio de Igualdad y no Dsicriminacion entre Trabajadores (2011).
7. Bonifaz López, V. R. (2017). El Caracter Residual en el Proceso de Amparo en el Perú. Lima.
8. Campos, E. (2018). LP Pasión por el derecho. Obtenido de Debido proceso en la justicia peruana: <https://lpderecho.pe/debido-proceso-justicia-peruana/#:~:text=Seg%C3%BAn%20define%20Juli%C3%A1n%20P%C3%A9rez%20Porto,ley%20reconoce%20a%20cada%20individuo.>

9. Canales, L., Duarte, E., & Cuarezma, S. (2018). el debido proceso como un derecho humano. Hispamer.
10. Casacion Laboral N° 14285-2015-Lima (2015).
11. Casación Laboral N° 20121-2016-LIMA. (2016). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Obtenido de Homolocación de remuneraciones: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ac3782804299a8878291fec86e9ce4f5/Resolucion_20121-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ac3782804299a8878291fec86e9ce4f5
12. Chavez, R. (2008). Derecho Laboral Individual. Chimbote, Perú: Uladech. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Derechos laborales y sindicales. Estandares internacionales. CIDH. Constitución Política del Perú . (30 de diciembre de 1993).
13. Córdova, L. (2005). Universidad de Piura. Obtenido de El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser: file:///C:/Users/DANTE/Downloads/Amparo_residual_peru_cuestion_ser_no_ser.pdf
14. Cruz, G. (2019). El proceso de amparo. Principios, vias previas, improcedencia, demanda y sentencia. El búho.
15. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (s.f.). Obtenido de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/DADH/1948-DADH.htm#a14>
16. Declaracion Universal de los Derechos Humanos. (s.f.). Obtenido de https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf
17. Decreto Legislativo N° 276. (1984). Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

18. Decreto Legislativo N° 728. (1991). Ley de Fomento del Empleo. .
19. Decreto Supremo N° 003-97-TR. (27 de marzo de 1997). Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
20. EXP. N.º 4196-2004-AA/TC. (2005). Tribunal Constitucional. Obtenido de Sentencia: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04195-2004-AA%20Resolucion.pdf>
21. Expediente N° 0048-2004-PI/TC (2004).
22. Expediente N° 1042-2002-AA/TC
(<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01042-2002-AA.pdf>).
23. Expediente n° 1124-2001-AA/TC (2001).
24. Expediente N° 208-2005-Pasco (2005).
25. Expediente N° 27-2006-PJ (2006).
26. Gaceta Juridica. (2008). Guía rápida del proceso de amparo. El búho.
27. García, R. (2020). IUS 360. Obtenido de Cuál es el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: <https://ius360.com/cuales-el-contenido-esencial-del-derecho-a-la-tutela-jurisdiccional-efectiva-rolando-garcia/>
28. Gómez, F. (2015). Derecho del trabajo individual. San Marcos.
29. Hinostroza, A. (2017). Derecho procesal civil. Juristas editores.
30. <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/homologacion>.
(s.f.).
31. Ley N° 28237. (31 de Mayo de 2004). Código Procesal Consitucional .
Ley N° 28237. (31 de mayo de 2004). Código Procesal Constitucional .
Leyes. (s.f). LEY N° 26772. Obtenido de
<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/leyes/26772.htm>
32. López, E., & Polanco, E. (2018). Amparo en materia civil. IURE editores.

33. Pactos Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales.
(s.f.). Obtenido de
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
34. Pinillos, A. (2009). Guía Rápida del Proceso Constitucional de Amparo.
Prácticos de procesos constitucionales. Grijley.
35. Ramírez, W. (2016). La Constitución comentada. Antecedentes -
comentado y actualizado. Republica del Perú. Edigraber.
36. Rioja, A. (2012). El proceso de amparo peruano. Jurista editores.
37. Rojas, D. (2010). Derecho procesal constitucional. Uladech.
38. Rosas, C., Valderrama, L., & Gonzales, L. (2019). Los contratos de
trabajo. Régimen jurídico en el Perú. El Búho.
STC N° 0206-2005-PA/TC.

ANEXOS

REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL

FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1. Información del Autor			
JHENY DENNIS CARRASCO ALVAREZ		71605727	jhenycarrasco@gmail.com
Apellidos y Nombres		DNI	Correo Electrónico
2. Tipo de Documento de Investigación			
Tesis	<input checked="" type="checkbox"/>	Trabajo de Suficiencia Profesional	Trabajo Académico
3. Grado Académico o Título Profesional ¹			
Bachiller	<input checked="" type="checkbox"/>	Título Profesional	Título Segunda Especialidad
		Maestría	Doctorado
4. Título del Documento de Investigación			
HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIÓN EN EL PROCESO ACCIÓN DE AMPARO DEL EXPEDIENTE N° 00291-2013-0601-JR-CI-01			
5. Programa Académico			
DERECHO			
6. Tipo de Acceso al Documento			
<input checked="" type="checkbox"/>	Abierto o Público ² (info:eu-repo/semantics/openAccess)		<input type="checkbox"/>
		Acceso restringido ³ (info:eu-repo/semantics/restrictedAccess) ^(*)	
(*) En caso de restringido sustentar motivo			


A. Originalidad del Archivo Digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado Evaluador y forma parte del proceso que conduce a obtener el grado académico o título profesional.

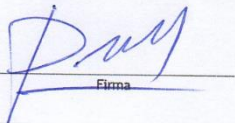
B. Otorgamiento de una licencia CREATIVE COMMONS ⁵

El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento. ⁶

Lugar	Día	Mes	Año
Chimbote	26	Abril	2024



Huella Digital



Firma

Importante

- Según Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SINEDU-CD, Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar Grados Académicos y Títulos Profesionales, Art. 8, Inciso 8.2.
- Ley N° 30035. Ley que regula el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto y D.S. 006-2015-PCM.
- Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad San Pedro una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundir en el Repositorio Institucional Digital. Respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el marco de la Ley 822.
- En caso de que el autor elija la segunda opción, únicamente se publicará los datos del autor y resumen de la obra, de acuerdo a la directiva N° 004-2016-CONYTEC-DEGC (Numerales 5.2 y 6.7) que norma el funcionamiento del Repositorio Nacional Digital.
- Las licencias Creative Commons (CC) es una organización internacional sin fines de lucro que pone a disposición de los autores un conjunto de licencias flexibles y de herramientas tecnológicas que facilitan la difusión de información, recursos educativos, obras artísticas y científicas, entre otras. Estas licencias también permiten que el autor obtenga el crédito por su obra.
- Según el inciso 12.2, del artículo 12° del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales-RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales prestando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Repositorio Digital RENATI, a través del Repositorio ALLICIA".

Nota: - En caso de falsedad en los datos, se procederá de acuerdo a Ley (Ley 27444, art. 32, núm. 32.3).

Homologación de
Remuneración en el Proceso
Acción de Amparo del
Expediente N° 00291-2013-
0601-JR-CI-01

por Jheny Carrasco Alvarez

Fecha de entrega: 11-ene-2022 11:36a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 1740156455

Nombre del archivo: SUFICIENCIA_PROFESIONAL-SUSTENTACION_DE_EXPEDIENTE_1_3_2_2.docx (111.14K)

Total de palabras: 13917

Total de caracteres: 76059



Homologación de Remuneración en el Proceso Acción de Amparo del Expediente N° 00291-2013-0601-JR-CI-01

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	edoc.pub Fuente de Internet	2%
2	vbook.pub Fuente de Internet	2%
3	docslide.com.br Fuente de Internet	1%
4	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	1%
5	Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante	1%
6	idoc.pub Fuente de Internet	1%
7	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	tc.gob.pe Fuente de Internet	1%




9	Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote Trabajo del estudiante	1 %
10	legis.pe Fuente de Internet	1 %
11	www.tc.gob.pe Fuente de Internet	1 %
12	doku.pub Fuente de Internet	1 %
13	www.dialogoconlajurisprudencia.com Fuente de Internet	1 %
14	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1 %
15	hdl.handle.net Fuente de Internet	1 %
16	horaasociados.com Fuente de Internet	1 %
17	es.scribd.com Fuente de Internet	1 %
18	repositorio.utelesup.edu.pe Fuente de Internet	1 %
19	repositorio.uisek.edu.ec Fuente de Internet	1 %




20	Submitted to Instituto Superior de Artes, Ciencias y Comunicación IACC Trabajo del estudiante	<1 %
21	www.justiciaviva.org.pe Fuente de Internet	<1 %
22	lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %
23	static.legis.pe Fuente de Internet	<1 %
24	jurisprudenciaenaudio.webnode.es Fuente de Internet	<1 %
25	eprints.uanl.mx Fuente de Internet	<1 %
26	vsip.info Fuente de Internet	<1 %
27	Submitted to Universidad Privada Antenor Orrego Trabajo del estudiante	<1 %
28	www.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
29	dokumen.site Fuente de Internet	<1 %
30	www.badellgrau.com Fuente de Internet	<1 %



31	www.inventati.org Fuente de Internet	<1 %
32	repositorio.upn.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
33	documents.tips Fuente de Internet	<1 %
34	inst.servir.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
35	www.researchgate.net Fuente de Internet	<1 %
36	Submitted to Universidad Católica San Pablo Trabajo del estudiante	<1 %
37	archivos.juridicas.unam.mx Fuente de Internet	<1 %
38	encolombia.com Fuente de Internet	<1 %
39	www.dateas.com Fuente de Internet	<1 %
40	Submitted to Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga Trabajo del estudiante	<1 %
41	blog.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
42	cedal-peru.org	

	FUENTE DE INTERNET	<1 %
43	juristapy.wordpress.com Fuente de Internet	<1 %
44	tesis.pucp.edu.pe:8080 Fuente de Internet	<1 %
45	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
46	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
47	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
48	ultimoinforme-actualidad.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
49	www.fabiandiplacido.com.ar Fuente de Internet	<1 %
50	www.laizquierdadiario.cl Fuente de Internet	<1 %
51	docentegrimaldochong1.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
52	documentop.com Fuente de Internet	<1 %
53	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	<1 %



54	ww2.oj.gob.gt Fuente de Internet	<1 %
55	www.youblisher.com Fuente de Internet	<1 %
56	www.rimarima.com Fuente de Internet	<1 %
57	www.derechoperuano.com Fuente de Internet	<1 %
58	Submitted to Universidad Señor de Sipan Trabajo del estudiante	<1 %
59	Submitted to Universidad Tecnológica del Perú Trabajo del estudiante	<1 %
60	www.buenastareas.com Fuente de Internet	<1 %
61	Submitted to Universidad Católica de Trujillo Trabajo del estudiante	<1 %
62	www.estade.org Fuente de Internet	<1 %
63	www.kas.de Fuente de Internet	<1 %
64	www.minsa.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
65	www.munizlaw.com	

	Fuente de Internet	<1 %
66	www.oit.org.pe Fuente de Internet	<1 %
67	www.paot.df.gob.mx Fuente de Internet	<1 %
68	www2.congreso.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
69	www4.congreso.gob.pe:443 Fuente de Internet	<1 %
70	Maria Isabel Martinez Sosa. "Comunicación de la cultura en la República Dominicana, impedimentos para la difusión y su relación con la pobreza.", Universitat Politecnica de Valencia, 2020 Publicación	<1 %
71	Submitted to Universidad Catolica De Cuenca Trabajo del estudiante	<1 %
72	derecho-laboral.blogcindario.com Fuente de Internet	<1 %
73	www.clubensayos.com Fuente de Internet	<1 %
74	www.dafp.gov.co Fuente de Internet	<1 %

www.getabstract.com



75	Fuente de Internet	<1 %
76	www.greens-efa.eu Fuente de Internet	<1 %
77	www.livelihoods.org Fuente de Internet	<1 %
78	www.publicnow.com Fuente de Internet	<1 %
79	Submitted to Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco Trabajo del estudiante	<1 %
80	bibliotecadigital.uca.edu.ar Fuente de Internet	<1 %
81	dudasycertidumbresjuridicas.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
82	inmobiliaria.basefinanciera.com Fuente de Internet	<1 %
83	juanblascomendoza.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
84	mobbingopinion.bpweb.net Fuente de Internet	<1 %
85	noticia.educacionenred.pe Fuente de Internet	<1 %
86	repositorio.unas.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

		<1 %
87	www.abogadosperu.com Fuente de Internet	<1 %
88	www.camaralima.org.pe Fuente de Internet	<1 %
89	www.ivie.es Fuente de Internet	<1 %
90	www.monografias.com Fuente de Internet	<1 %
91	www.reicaz.es Fuente de Internet	<1 %
92	www.sic.gov.co Fuente de Internet	<1 %
93	www1.umn.edu Fuente de Internet	<1 %
94	213.254.5.218 Fuente de Internet	<1 %
95	derecho.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
96	docplayer.es Fuente de Internet	<1 %
97	docs.google.com Fuente de Internet	<1 %



98	documents.mx Fuente de Internet	<1 %
99	repositorio.unap.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
100	www.dhnet.org.br Fuente de Internet	<1 %
101	www.mendozalegal.com Fuente de Internet	<1 %
102	www.pj.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
103	www.spdtss.org.pe Fuente de Internet	<1 %
104	www.tachira.gov.ve Fuente de Internet	<1 %
105	www.tribunalconstitucional.gov.ec Fuente de Internet	<1 %
106	inba.info Fuente de Internet	<1 %

