

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

TITULO: “La Vulneración del Derecho de Igualdad en el Pago de remuneraciones entre Magistrados Titulares y Supernumerarios del Poder Judicial y del Ministerio Público”

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autor: Stefano Morales Inciso

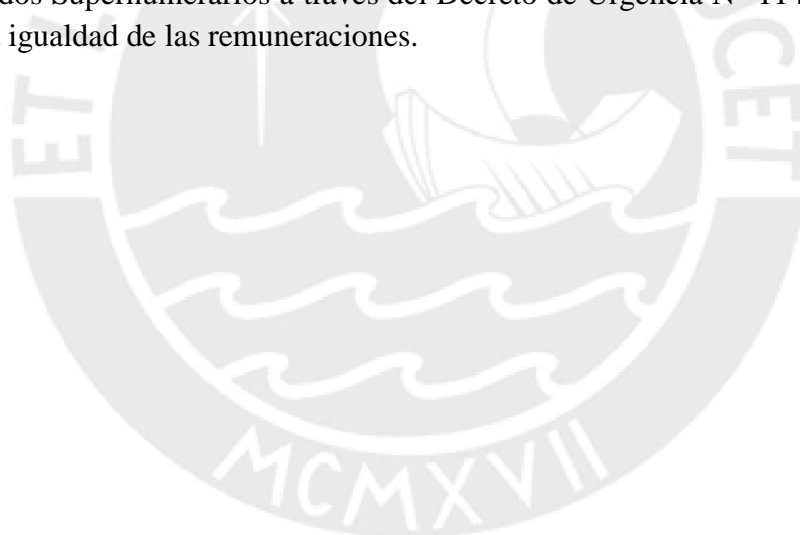
Asesor: Marlene Molero Suarez

Código de alumno: 20173458

2017

RESUMEN

El presente trabajo de Investigación busca analizar la vulneración del derecho a la igualdad de remuneraciones entre Magistrados Titulares y No titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público, partiendo de la Hipótesis de que la expedición del Decreto de Urgencia N° 114-2001 que estableció el pago de un bono de Gastos Operativos para Magistrados Titulares, dejando de lado a Magistrados Supernumerarios (no titulares), contraviene el derecho a la igualdad en la remuneración entre dichos Magistrados. El tema es muy relevante toda vez que ambos Magistrados realizan la misma labor, están sujetos al mismo horario y tienen la misma responsabilidad. Para efectos del presente trabajo se analiza si los conceptos que integran los haberes de los Magistrados (tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público) tienen carácter remunerativo, independientemente del concepto establecido en el Reglamento del Bono por Gastos Operativos y la ley Orgánica del Poder Judicial, teniendo en consideración la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, concluyéndose finalmente que el bono por gastos operativos al tener este carácter, forma parte de la remuneración del Magistrado y por lo tanto el hecho de excluirse este beneficio a los Magistrados Supernumerarios a través del Decreto de Urgencia N° 114-2001, vulnera el derecho a la igualdad de las remuneraciones.



ESQUEMA DE CONTENIDOS

I INTRODUCCION

1. TEORIA GENERAL DE LA REMUNERACION

1.1 Conceptualización de la Remuneración

a) Carácter Contraprestativo de la Remuneración

b) Modalidades del Pago de la Remuneración y su libre disposición

1.2 El contenido Esencial de la Remuneración

1.3 Conceptos remunerativos y no remunerativos

1.4 Las Condiciones de Trabajo

1.5 Desnaturalización de los ingresos del Trabajador y Presunción de Salariedad

1.6 Indicios de Salariedad

2. EL DERECHO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCION

2.1 El Derecho constitucional de Igualdad y no discriminación

2.2 El Derecho de igualdad y no discriminación en la remuneración en el derecho del Trabajo: El convenio 100 OIT y demás normas internacionales

2.3 Marco Jurisprudencial respecto a la igualdad de remuneraciones: De la Corte Suprema al Tribunal Constitucional

3. EL CASO ESPECIAL DE LOS MAGISTRADOS

3.1 Cuestión Preliminar: Vicisitudes de las Remuneraciones de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Publico

3.2 Alcances del Decreto de Urgencia N° 114-2001: La Perversa diferencia salarial entre Magistrados Titulares y Supernumerarios del Poder Judicial y del Ministerio Publico a

propósito de la expedición del Decreto de Urgencia N° 114-2001, de fecha 28 de setiembre de 2001

3.2 La Bonificación por Gastos Operativos ¿se desnaturalizan?

3.3 La vulneración del Derecho a la Igualdad en las remuneraciones de los Magistrados: En búsqueda de una Casusa Objetiva y Razonable

3.3.1 La titularidad en el Cargo y la naturaleza de sus labores.

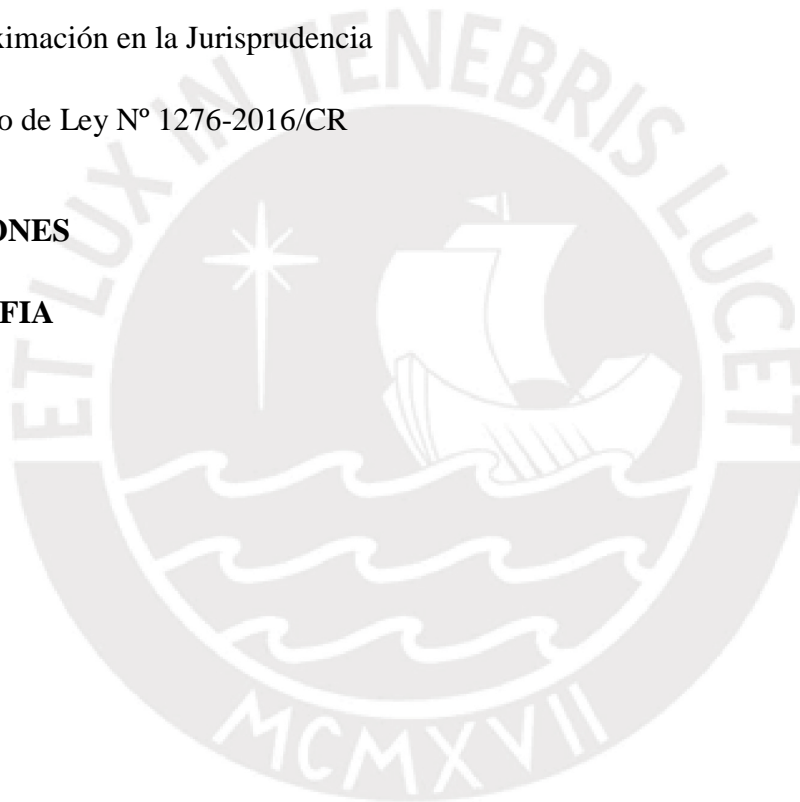
3.3.2 La responsabilidad en el Ejercicio de sus funciones

3.4 Una Aproximación en la Jurisprudencia

3.5 El Proyecto de Ley N° 1276-2016/CR

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA



INTRODUCCION

El derecho a la igualdad, constituye un derecho fundamental que tiene su fundamento en la naturaleza y en la dignidad humana. Nuestra Constitución Política, en el numeral 2 de su artículo 2, establece la regla de que todos somos iguales antes la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Por su parte el artículo 26 dispone que en toda relación laboral debe respetarse el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Ello naturalmente proscribire toda diferenciación que no se base en criterios objetivos y razonables, es por ello que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales.

Ahora bien, en el marco laboral, la igualdad implica que las oportunidades de acceso y promoción al y dentro del empleo sean justas y equitativas para todos los trabajadores. En ese sentido, todo empleador ya sea el Estado o los particulares, tienen la obligación de no discriminar o de no generar actos de diferenciación subjetiva que impidan que la persona del trabajador pueda ejercer libre y plenamente sus derechos fundamentales, razón por la cual toda diferenciación para ser legítima, debe basarse solamente en criterios objetivos y razonables que justifiquen un trato diferenciado y no afecten derechos fundamentales.

En ese sentido, en el caso de servidores públicos, la Ley N° 28175 “Ley Marco del Empleo Público” establece que el acceso al empleo, por grupo ocupacional, en base a méritos y capacidad de las personas, en igualdad de oportunidades, bajo esta misma línea el Decreto Legislativo N° 276, establece que las carreras Administrativas, se rigen por los principios de igualdad de oportunidades, estabilidad, garantía del nivel adquirido y retribución justa y equitativa, regulada por un sistema único homologado.

Ahora, partiendo de dicha regulación, podríamos considerar que todos los Magistrados como servidores públicos al servicio de la nación, cuyo régimen laboral es el Decreto Legislativo N° 276, también realizan sus labores en igualdad de condiciones, toda vez que todos los Magistrados realizan la misma labor, dentro del cargo que desempeñan. Es así que el artículo 186° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que constituye un derecho del Magistrado, percibir una remuneración acorde, con su función, dignidad y jerarquía,

siendo que dicha disposición legal no establece diferencia alguna respecto a que si el Magistrado que detenta el Cargo es Titular o no.

Sin embargo cabe mencionar, que en los párrafos subsiguientes del mencionado dispositivo legal se establece que solo los jueces titulares comprendidos en la carrera judicial reciben una remuneración básica y una bonificación jurisdiccional, estableciendo además que a los jueces les corresponde un gasto operativo por función judicial, el cual está destinado a solventar los gastos que demande el ejercicio de sus funciones.

Al respecto, se debe considerar que con fecha 27 de septiembre del 2001, se expidió el Decreto de Urgencia N° 114-2001 en la cual se resolvió otorgar a partir de Octubre del 2001, un Bono por gastos operativos a los jueces y fiscales que tengan la calidad de titulares y estén prestando servicios al Poder Judicial y el Ministerio Publico, dicho monto varía según el rango del Magistrado, siempre que este sea titular.

En ese sentido, en atención a la expedición del Decreto de Urgencia N° 114-2001 y a lo dispuesto en el artículo 186° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituye un hecho objetivo que en la actualidad existe una trato desigual en el pago de haberes a los Magistrados, ya que solo los Magistrados Titulares perciben el Bono por Gastos Operativos dejando de lado a los Magistrados no titulares, estableciéndose de esta manera una abismal diferencia entre un Magistrado titular y uno que no lo es, cuando ambos servidores públicos en atención a su cargo, realizan las mismas funciones coadyuvando en la administración de justicia, ello evidentemente contraviene el espíritu de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 26° de la Constitución que reconoce que en la relación laboral se respeta el derecho de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Atendiendo a dicha circunstancia, es evidente la vulneración al derecho de igualdad, sin embargo a efectos de determinar sus implicancias, es menester partir con establecer los conceptos básicos que delimitan el carácter de la Remuneración y de las condiciones de trabajo, a efectos de determinar en base a ello si es que la contravención al principio de igualdad incide solo en las condiciones de trabajo o en su defecto esta vulneración incide directamente en el carácter remunerativo de los Magistrados.

Ello importa naturalmente determinar si el concepto de “Bono por Gastos Operativos” para el caso materia de análisis, constituye una condición de trabajo o es parte de la remuneración de los Magistrados, describiendo además el contexto que llevaron al Estado a establecer una diferencia entre Magistrados Titulares y no titulares, así como las labores que estos realizan, lo cual constituyen el derrotero que finalmente marcarán las pautas del presente trabajo.



1. TEORIA GENERAL DE LA REMUNERACION

1.1 Conceptualización de Remuneración

La remuneración constituye la piedra angular de toda relación de trabajo. Es la contraprestación que recibe el trabajador por el empleador como consecuencia de la labor desplegada, quedando excluidas, por tanto, las sumas de dinero otorgadas a título de liberalidad entregadas por el empleador no sujetas al cumplimiento de una condición o las sumas graciosas, o las que nada se relaciona con la ejecución propia de las funciones.

Así mismo, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 95 sobre protección al salario, refiere en su artículo 1 que: “A los efectos del presente convenio, el termino salario, significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada de acuerdo o por la legislación laboral, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

Al respecto, cabe señalar que la conceptualización de la remuneración implica dos aspectos: Un primer aspecto, que se encuentra constituido por sus carácter contraprestativo y un segundo aspecto, constituido por su libre disposición, sin embargo, la remuneración también tiene un carácter eminentemente social, así lo reconoce el artículo 24° de la Constitución Política, al disponer que con la remuneración se busca el bienestar material del trabajador y su familia, ello resulta concordante con lo señalado por el Centro Interamericano de Administración del Trabajo, que estableció que: “La remuneración constituye el aspecto económico de la relación laboral primordialmente considerado por el trabajador y el empleador. Para el primero significa el único o primordial modo de acceder a los bienes materiales y culturales. Para el segundo es un importante elemento en el análisis de costos” (Centro Interamericano de Administración del Trabajo: 1980, 1)

En ese sentido, procedemos analizar los aspectos centrales de la remuneración, así como la dimensión social del mismo y demás vicisitudes propias de dicho concepto.

a) Carácter Contraprestativo de la Remuneración e indicios de Salariedad

Al respecto, cabe señalar que la remuneración tiene un carácter netamente contractual, ello se advierte del artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, DS. N° 003-97-TR, que señala “Constituye Remuneración para todo efecto legal el integro 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. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena tiene naturaleza remunerativa”.

A tenor del dispositivo legal antes mencionado, todos los conceptos que el empleador otorga al trabajador a raíz de una razón distinta a la prestación de sus servicios no serían considerados remunerativos, puesto que se encontrarían en una esfera externa a la que se circunscribe a los elementos que constituyen la remuneración, salvo en aquellos supuestos en que el legislador le otorga esta cualidad aun cuando su naturaleza no coincida con la del tipo legal.

En ese sentido, resulta conveniente destacar lo expuesto por el Profesor Jorge Toyama Miyagusuku, en la Legislación Peruana:

“Se establece un presunción general sobre los alcances de la remuneración, destacándose el carácter Contraprestativo de la misma. La fórmula empleada es genérica, una suerte de presunción iuris tantum, sobre todos los conceptos e ingresos que percibe el trabajador, ya sea en dinero o en especie (sobre este último concepto al no existir un límite expreso, cabría un pago total en especie, en la medida que nos encontramos ante bienes que no tenga mayores dificultades para ser comercializados)” (Toyama: 2005, 311).

Por otra parte, remitiéndonos a las normas establecidas para los trabajadores del Sector

Públicos, advertimos, que en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 276 “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Publico”, se establece que:

Artículo 43.-“La remuneración de los funcionarios y servidores Públicos, estará constituida por el haber básico, las bonificaciones y los beneficios.

(.....).

Los beneficios son los establecidos por las leyes y el reglamento y son uniforme para toda la administración Publica”.

Al respecto cabe señalar que si bien el Decreto Legislativo N° 276, establece de manera genérica los conceptos que constituyen la Remuneración de los funcionarios y Servidores Públicos, dicha regulación no está libre de vicisitudes propias de las labores particulares que realizan diversos servidores y funcionarios del Sector Publico, cuya ley orgánica puede establecer la composición de sus haberes acorde con la labor que desempeña. Además de ello, cabe señalar que en el Sector Publico, los aspectos remunerativos adquieren una característica singular por que dependen directamente del Presupuesto de la Republica y se encuentran sometidos a controles de diferentes organismos y a políticas y programas de austeridad.

Al respecto, el Profesor Gustavo Bacacorso, al referirse a los trabajadores del Sector Publico, señala que:

“La comprensión del Concepto Jurídico “Prestación” está dada por dos notaciones mutuamente excluyentes y relacionales en torno a la unilateralidad: Positivas y negativas, que perfilan lo activo y lo pasivo de la obligación, que concreta bipartitamente en prestación y contraprestación.

En esta, el sujeto pasivo (Estado) ejecuta con derechos objetivos, a instancia subjetiva publica (trabajador), el objeto de la contraprestación (remuneración)

(....) Todas estas situaciones se resuelven onerosamente: Cantidad determinada, individualizada de acuerdo a normas estatutarias en vigor y obtenidas automáticamente

respecto de algunas clases remunerativas o accionando derechos subjetivos públicos para los restantes” (Bacacorzo: 1976, 12-13).

Así las cosas, se advierte que solo la prestación de servicios del trabajador generaría la correspondiente contraprestación por parte del empleador de pagarle una suma dineraria o en especie por el trabajo efectuado por el trabajador, contrario sensu, si no hay una efectiva prestación de servicios, tampoco existiría una obligación de pagar remuneración alguna.

Bajo esa misma línea, estando a que todo contrato de trabajo implica un intercambio de prestaciones, en el que por una parte el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo y por otro lado, el empleador lo retribuye con el pago de una remuneración, podríamos presumir que toda retribución que reciba el trabajador por la puesta a disposición de su fuerza de trabajo, puede ser considerada como remuneración, toda vez que bastara solo con dichos elementos para que se configure un contrato de trabajo. En ese sentido, es conveniente resaltar la posición de la Profesora Mónica Pizarro Díaz, quien señala que:

“ (...) aun cuando las normas no contienen una presunción de salariedad, la calificación de la remuneración como prestación principal dentro del contrato de trabajo trae como consecuencia que todas aquellas prestaciones recibidas por el trabajador que no hayan sido declaradas como accesorias deba reputarse remunerativas y que lo mismo ocurra cuando exista discrepancia en la calificación. Por ende, será la noción de presunción de salariedad, carácter omnicompreensivo de la remuneración o vis atractiva del salario que adoptemos” (Pizarro: 2006, Pág. 176).

Partiendo de ello, si consideramos que todo ingreso que perciba el trabajador goza de la presunción de salariedad, a efectos de desvirtuar dicha presunción corresponderá analizar si este ingreso entregado por el empleador es de libre disposición del trabajador o en su defecto constituye condición de trabajo.

b) La libre disposición

La “libre disposición” implica el derecho del trabajador de disponer con absoluta libertad de las prestaciones recibidas por el empleador producto del pago por la prestación de sus servicios. Ello evidentemente se configura como un derecho de propiedad que tiene el trabajador respecto de las referidas prestaciones, lo que evidentemente permite ejercer las atribuciones que consagra el artículo 923° del Código Civil, esto es que el trabajador cuenta con el poder jurídico que le permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar dichas prestaciones.

En ese sentido siguiendo al Profesor Elmer Arce “Se ha interpretado que el término de “libre disposición” alude a dos tipos de libertades: De un lado, a la libertad para el uso del dinero, bienes o servicios entregados al trabajador, y de otro, a la libertad que tiene el trabajador de no rendirle cuentas a nadie sobre sus gastos” (Arce: 2008, 344).

En ese sentido, el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, al reconocer la libre disposición de la remuneración, reconoce el derecho de propiedad del trabajador y las atribuciones que este derecho implica, lo que permite finalmente que el trabajador en uso de dichas atribuciones pueda destinar sus remuneraciones a los fines que considere pertinente conforme a sus propios intereses, ello desvirtúa de antemano el hecho que el trabajador se encuentre supeditado a rendir cuentas de las prestaciones recibidas.

Sin embargo, cabe señalar que si bien es cierto que cada trabajador tiene la libertad de ejercer las potestades del derecho de propiedad respecto a la remuneración, esta disposición cuenta con determinados matices que derivan de la naturaleza tuitiva del derecho del trabajo, en la que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones y por ende se busca nivelar la asimetría de las partes en la relación de trabajo, lo cual conlleva a que se establezcan principios rectores como por ejemplo la irrenunciabilidad que se encuentra descrita en el inciso 2 del artículo 26° de la Constitución Política del Estado.

1.2 El contenido Esencial de la Remuneración

En principio, el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, establece:

“Artículo 24: El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

El pago de la remuneración y 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”.

Conforme se advierte del dispositivo constitucional antes mencionado, se considera a la remuneración del trabajador como el principal medio de vida del trabajador. Ello no solamente implica que la remuneración no solo cumple una función de contraprestación por el trabajo efectuado, si no que adquiere una dimensión social que permita al trabajador obtener un bienestar material y espiritual. Ello evidentemente destierra la posibilidad de que el trabajo pueda considerarse como una mercancía.

En atención a ello, conviene señalar lo consignado por el Profesor Elmer Arce, respecto a la dimensión social de la remuneración:

“(…) el salario tiene dos dimensiones: La Contraprestativa o retributiva de la prestación (de raíces civiles o de derecho privado) y la social (de raigambre constitucional de derecho público). Es precisamente esta última, la que viene a corregir las distorsiones y los posibles abusos de la primera (...) la dimensión social de la remuneración obliga al legislador, a: Ampliar la base remunerativa con respeto de niveles de equidad social a efectos de lograr la inserción social del trabajador y su familia, privilegio en el cobro de las deudas salariales; fijar una remuneración mínima que sea suficiente; promoción y control de la igualdad remunerativa; prohibición, o al menos regulación de reducciones salariales, etc.” (Arce: 2008, 349).

Bajo esta misma línea, es conveniente resaltar lo señalado por Sarzo Tamayo, quien manifiesta que: “El artículo 24º de la Constitución dispone que la suficiencia de la remuneración tiene por finalidad procurarles al trabajador y a su familia el correspondiente bienestar material y espiritual. Sin duda, esa finalidad debe entenderse desde el principio-derecho de dignidad reconocido en el artículo 1 de la constitución, norma que dispone “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”. (Sarzo Tamayo, 2014 pág. 79).

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la STC 0020-2012-PI/TC, ha tenido la oportunidad de referirse a la estructura del derecho fundamental a la remuneración y ha identificado su contenido esencial que es “absolutamente intangible para el legislador” y uno accidental “claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca”, así para el TC, el contenido esencial del derecho a la remuneración, comprende:

- El Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
- No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.
- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y del principio a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la constitución)
- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la constitución)
- Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y su familia su bienestar.

En ese sentido, el TC manifiesta que la remuneración “equitativa” implica “que esta no sea objeto de actos de diferenciación arbitrarios que, por ampararse en causas

prohibidas, se consideren discriminatorios, según lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Constitución. Por su parte al referirse a la remuneración “suficiente”, el TC refiere que esta implica “ajustar su quantum a un criterio mínimo – bien a través del Estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio derecho a la igualdad.

Nótese que en atención a lo dispuesto por el TC, la remuneración “suficiente” lo puede establecer el Estado. Ello implica que lo “suficiente” en términos generales debería estar constituido por la Remuneración Mínima Vital. Sin embargo, nada obsta a que el Estado establezca una remuneración “Suficiente” atendiendo a las vicisitudes propias de la labor de determinados funcionarios públicos que por la sensibilidad propia de sus labores, la remuneración “suficiente” evidentemente no se enmarca en la Remuneración Mínima Vital, que para su caso resultaría insuficiente para cubrir sus necesidades básicas que en ocasión de su cargo incurre.

Ello se evidencia sobre todo cuando el Estado fija las remuneraciones de los funcionarios y servidores públicos, estableciendo que los haberes que perciben son “suficientes” en atención a la labor que realiza, lo cual no implica que los conceptos de haberes que perciba, no estén sujetos a desnaturalización y por ende entraría a tallar en el cómputo de sus beneficios sociales y su pensión, lo cual conllevaría a colegir que los haberes que constituyen una prestación suficiente, constituyen en su conjunto una “remuneración suficiente”, que permita satisfacer sus necesidades más básicas acorde con la labor que realiza.

Ahora, en cuanto al contenido “accidental” de la remuneración, para el TC esta se desprende de la intangibilidad, lo que implica que la remuneración puede limitarse o restringirse y por lo tanto “puede realizarse y optimizarse en una media gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada”, siendo que cualquier limitación o restricción debe respetar el contenido esencial antes mencionado, evitándose de esta

manera reducción desproporcional de la remuneración que, en todo caso “tiene como límite la RMV o la colectiva según la jornada de trabajo y según la labor realizada, en la medida que se trata de una remuneración suficiente que permite al trabajador y su familia sus necesidades básicas”.

1.3 Conceptos remunerativos y no remunerativos

Conforme mencionamos anteriormente tanto la ley que regula el régimen de los trabajadores del Sector Privado como los trabajadores del Sector Público, establece que la remuneración tiene un carácter netamente contraprestativo. Sin embargo, cabe señalar que en virtud de normas específicas, se pueden establecer excepciones, regulándose sus requisitos y la oportunidad de su otorgamiento, estableciéndose de esta manera excepciones al carácter contraprestativo de la remuneración. Así tenemos en el caso del Sector Privado:

- Los descansos remunerados: Remuneración por día descanso semanal obligatorio, remuneración por feriados y remuneración vacacional
- La Asignación Familiar
- La remuneración percibida por los primeros 20 de días de descanso por incapacidad temporal.
- Remuneración percibida por la hora de lactancia.
- Remuneración percibida por licencias: Licencias por paternidad por enfermedad de un familiar directo, por adopción, licencias sindicales entre otras.
- Remuneraciones por días no laborados por caso fortuito o fuerza mayor, alegados por el empleador, que posteriormente no han podido ser comprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo, etc.

Respecto a los conceptos no remunerativos, cabe señalar que el artículo 7° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que para los trabajadores del Sector Privado, no constituyen conceptos remunerativos los comprendidos en los artículos 19° y 20° del TUO del Decreto Legislativo N° 650 –Ley de Compensación por Tiempo de Servicios,

aprobado por D.S. N° 001-97-TR, estableciéndose de manera taxativa en el artículo 19°: Las gratificaciones extraordinarias u otros pagos que percibe el trabajador ocasionalmente, cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa, el costo o valor de las condiciones de trabajo, la canasta de navidad o similares, el valor del transporte siempre que este supeditado a la asistencia al trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado, la asignación o bonificación por educación, las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento, los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores de su propia producción, todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de sus funciones.

Así mismo, el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 650, establece además que no se incluirá en la remuneración computable alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios o cuando se derive de mandato legal.

Ahora, respecto a las relaciones laborales desarrolladas en el sector público, al tener las remuneraciones como parámetro la Ley del Presupuesto, es la ley que determina de manera particular que conceptos se tienen carácter remunerativo o no, así por ejemplo, el Decreto Supremo N° 110-2001-EF estableció que los incentivos y/o entregas, programas o actividades de bienestar aprobados en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM – Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, no tienen naturaleza remunerativa. Así mismo el Bono por Escolaridad que se otorga cada año a favor de servidores y funcionarios nombrados y contratados, obreros permanentes y eventuales del sector público, el personal de las fuerzas armadas y policía nacional, así como los pensionistas a cargo del Estado, la ley que regula dicha bonificación cada año establece que tampoco tiene naturaleza remunerativa.

Cabe señalar que, a diferencia del sector privado, en el sector público, no existe una lista taxativa de conceptos que no tienen carácter remunerativo, siendo la ley la encargada de regular en cada caso en particular, que conceptos tienen o no naturaleza

remunerativa, de acuerdo a como se encuentra estructurado el pago de haberes de los diferentes servidores y funcionarios públicos.

1.4 Las condiciones de Trabajo

En principio, debemos considerar que todo contrato de trabajo implica una serie de derechos y obligaciones tanto del trabajador como del empleador. Así le corresponde al trabajador ejecutar la labor consignada en el contrato de trabajo, siguiendo las órdenes del empleador (razón por la cual pone a disposición de este su fuerza de trabajo de manera subordinada) y correspondiéndole al empleador pagar la respectiva contraprestación al trabajador, así como brindar a sus trabajadores las condiciones de trabajo, necesarias para la prestación de trabajo (al ser propietario de los medios de producción).

En ese sentido, las condiciones de trabajo, son percepciones económicas no remunerativas, que pueden estar constituidas tanto en dinero como en especie, que otorga el empleador al trabajador, por ser necesarias para la prestación del servicio o facilitan su labor, ello deriva de las obligaciones propias del Contrato del Trabajo, en la cual el empleador se encuentra obligado a brindar determinadas condiciones de trabajo a sus trabajadores a efectos de que el trabajador pueda ejecutar su prestaciones, en ese sentido cabe señalar que las condiciones de trabajo no generan ventaja alguna al trabajador, ya que solo reembolsan los gastos necesarios para el trabajo.

Siguiendo a la doctrina nacional, el Profesor Jorge Toyama, refiere que:

“La remuneración se entrega como contraprestación de los servicios del trabajador. En cambio, las condiciones de trabajo suelen otorgarse para que el trabajador cumpla los servicios contratados ya sea porque son indispensables y necesarios o porque facilitan tal prestación de servicios, y que pueden estar contenidos en la expresión “los gastos y materiales” necesarios – directa o indirectamente – para ejecutar el contenido de la prestación del trabajador” (Toyama: 2005, 322).

Así mismo, siguiendo a la Jurisprudencia Nacional, encontramos, la Cas. N° 14043-2016-Lima, la cual refiere respecto a las condiciones de trabajo que:

“Dentro de los conceptos no remunerativos, tenemos a las condiciones de trabajo, que podemos conceptualizar como egresos que el empleador asume y entrega a sus trabajadores ya sea en dinero o en especie, para el desempeño de sus funciones, ello quiere decir que el trabajador no lo puede emplear para beneficio propio o como ventaja patrimonial, es decir no son entregados como contraprestación para sus servicios y no son de libre disposición. Al respecto el literal c) del artículo 19° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley por Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, señala que las condiciones de trabajo, no tienen carácter remunerativo”.

En ese sentido, siguiendo la misma línea de la Doctrina y la Jurisprudencia citada, se colige que las condiciones de trabajo no se extienden a todas las condiciones de trabajo, sino solo aquellas sin las cuales el trabajador no podría ejecutar las órdenes que le han sido impartidas en virtud del contrato de trabajo. En ese sentido, estando a que las prestaciones que recibe el trabajador por parte del empleador van a ser utilizadas para ejecutar lo acordado en el contrato de trabajo, dichas prestaciones recibidas no son de libre disposición del trabajador razón por la cual no podrían considerarse parte de la remuneración que percibe el trabajador. Sin embargo, como se verá a continuación, ello no implica que las condiciones de trabajo no estén libres de desnaturalizarse.

1.5 Desnaturalización de las condiciones de Trabajo

Como se mencionó anteriormente una característica de la remuneración consiste en una ventaja patrimonial al trabajador producto de la relación de trabajo, lo que implica que una primera condición para presumir que existe remuneración, es que el trabajador obtenga una ventaja incrementando su patrimonio o evitando que este disminuya, sin embargo, también puede darse el caso que el trabajador obtenga una ventaja patrimonial en virtud de una condición de trabajo los cuales se encuentran destinadas a

facilitar la prestación de servicio.

Ante este supuesto ¿Qué pasa si la condición de trabajo recibido por el trabajador, satisface una necesidad del trabajador de tal manera que genere un ahorro y por ende una ventaja patrimonial?

En principio, debemos considerar que el inciso j del artículo 19º y el artículo 20º del Decreto Legislativo 650, establece las condiciones de trabajo que otorgue el empleador deben ser indispensable para la prestación del servicio. Bajo esta misma línea, siguiendo la doctrina especializada:

“Las condiciones de trabajo son aquellos egresos que el empleador asume y entrega a su trabajadores, ya sean otorgados mediante dinero o en efectivo o en especie (bienes o servicio), para el cabal cumplimiento de sus labores. Esto implica en puridad que el trabajador no debe emplear los montos o bienes que ha sido proveídos para beneficio propio, sino debe utilizarlos para poder desempeñar sus funciones o (que es lo mismo) para beneficiar al empleador en sus intereses empresariales. En otras palabras, son proporcionados a consecuencia de que son imprescindibles para el cumplimiento de las labores para los cuales han sido contratados o gracias a que facilitan la prestación de servicios de los trabajadores” (García Manrique, Valderrama, Paredes Espinoza: 2014, 39-40).

En ese sentido, si a tenor de la legislación nacional, se tiene que por condición de trabajo solo se satisface necesidades empresariales en virtud del Contrato de Trabajo, para la prestación del servicio mismo y que bajo ningún modo constituye una ventaja patrimonial del trabajador, habrá que analizar cada circunstancia en particular a efectos de determinar si las prestaciones pecuniarias recibidas como Condición de Trabajo, cumplen tal fin.

Bajo ese derrotero, si un concepto dado como condición de trabajo no resulta indispensable para la prestación del servicio del trabajador, podría considerarse que tenga carácter remunerativo, desnaturalizándose y formando parte de la remuneración del trabajador para el computo de la Compensación por tiempo de servicios, siempre que dichos ingresos se caractericen por ser regulares, fijos y permanentes, además de

ser libre disponibilidad del trabajador.

Ello naturalmente, importaría en un principio, analizar las remuneraciones, desde la óptica de la Primacía de la Realidad, como hace referencia Oxal Víctor Avalos Jara: “El principio de primacía de la Realidad no es una regla limitada solo a determinar la existencia de una relación laboral; en general, dicho principio tiende a hacer prevalecer los hechos reales sobre los hechos formales” (Avalos: 2008, 116).

Aunado a ello, debe valorarse también el interés de las partes del contrato de Trabajo (empleador o trabajador) en cada supuesto en que se entregue alguna prestación pecuniaria en calidad de Condición de Trabajo, toda vez que la condiciones de trabajo se encuentran vinculadas a la necesidad del servicio, así citando a Mónica Pizarro Díaz, podemos considerar:

“ i) Cuando la prestación del servicio impida al trabajador satisfacer por sí mismo sus necesidades personales (como ocurriría en el caso de la alimentación y la vivienda proporcionadas a trabajadores que prestan servicios en lugares alejados), lo que las convierte indirectamente en necesidades empresariales; o
ii) Cuando la satisfacción de las necesidades personales del trabajador por sus propios medios dejaría insatisfechas las necesidades empresariales, como ocurre en el caso del uniforme, ya que si bien los trabajadores podrían adquirir su propia ropa, esto dificultaría a la empresa brindar la imagen corporativa que desea”. (Pizarro: 2006, pág. 173).

En ese sentido, queda claro que una vez equiparado el interés del trabajador – empleador de cada caso particular, las condiciones de trabajo se desnaturalizan cuando prima el interés del primero, obteniendo este una ventaja patrimonial que sea de su libre disposición, criterio asumido por nuestra Corte Suprema en la Casación N° 460-2006-Lima, en donde determino que:

“La bonificación extraordinaria por Puntualidad y Asistencia (Productividad Salarial) ha sido entregada en forma habitual desde mil novecientos noventa y tres hasta mil novecientos noventa y ocho; esto es por un lapso de cinco años, conforme se aprecia de

fs. 19 a 38, desvirtuando el hecho que haya sido en forma ocasional, asimismo, la citada bonificación constituye una ventaja patrimonial para el trabajador, concluyéndose que era percibido por los servicios prestados; consiguientemente tiene el carácter remunerativo, resultando de aplicación lo dispuesto por el artículo 9° y 16°, primer párrafo, del Decreto Legislativo N° 650 y no lo dispuesto por el literal a del artículo 19° del mismo cuerpo legal; (...) en consecuencia la Bonificación Extraordinaria por Puntualidad y Asistencia (Productividad Sindical) al tener la calidad de regular, ordinario, fijo y permanente, deberá formar parte de la Compensación por Tiempo de Servicios a razón de una dozavo en el semestre que corresponda conforme a lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 18° del Decreto Legislativo N° 650”.

1.6. Indicios de Salariedad

Ahora bien, puede darse el caso de que la ley establezca como condición de Trabajo una percepción económica entregada por el empleador, aun cuando en la práctica se acredite efectivamente su desnaturalización al constituir este una ventaja patrimonial de libre disposición del trabajador.

Ello implica, analizar si dichas “Condiciones de Trabajo”, cumplen con el “estándar de salariedad” y por ende deban ser considerados conceptos remunerativos. Para ello se analizara, elementos tales como la periodicidad y la estabilidad de la percepción económica recibida por el trabajador en el tiempo. Ello resulta concebible si consideramos que el Decreto Legislativo N° 650, establece que constituye remuneración para el computo de la Compensación por Tiempo de Servicios, aquella remuneración que perciba el trabajador de manera permanente:

“Artículo 16.- Se considera remuneración regular aquella percibida habitualmente por el trabajador, aun cuando sus montos puedan variar en razón de incrementos u otros motivos.

Por excepción, tratándose de remuneraciones complementarias, de naturaleza variable o imprecisa, se considera cumplido el requisito de regularidad si el trabajador las ha

percibido cuando menos tres meses en cada periodo de seis (...)”

Atendiendo a dicha circunstancia, sumado además de las circunstancias antes señaladas (ventaja patrimonial de libre disposición del trabajador), no habría motivos para desconocer la desnaturalización de las “condiciones de trabajo”, percibidas por los trabajadores.

En ese sentido, resulta conveniente resaltar lo señalado por Mónica Pizarro Díaz, a efectos de determinar si las prestaciones “no remunerativas” recibidas por el trabajador por el empleador, cumplen con el “estándar de salariedad” y por tanto deben ser consideradas conceptos remunerativos, en efecto, la mencionada profesora manifiesta:

“Que el pago se realice con carácter periódico.- Atendiendo a la propia dinámica del contrato de trabajo debe admitirse que, normalmente, las prestaciones que reciba el trabajador periódicamente de su empleador serán entendidas por el cómo retributivas de su trabajo. Por ende, la periodicidad del pago acentuara la presunción de contraprestatividad del mismo.

Que su aporte sea estable en el tiempo.- Según se ha señalado el monto de las prestaciones extra salariales debe ser razonable y proporcional con respecto al título que justifica su pago. Por tanto, la entrega periódica de un monto estable, en el tiempo puede llevar a suponer que no existe tal relación de razonabilidad y proporcionalidad; contribuyendo a que se presuma la salariedad de la prestación entregada”. (Pizarro, 2006: Pág. 179).

En ese sentido, atendiendo a los rasgos de laboralidad señalados por la Profesora Mónica Pizarro Díaz, considero que aun cuando la ley también establezca que una prestación que recibe el trabajador, no tenga carácter remunerativo, en atención a que este concepto se entregue periódicamente y sea estable en el tiempo, la prestación señalada por ley como no remunerativo podría desnaturalizarse y podría considerarse parte de la remuneración del trabajador.

Ello se evidencia más en el Sector Público, donde la ley establece como “conceptos no remunerativos” algunas prestaciones que perciben los servidores y funcionarios públicos, por más que en la práctica se perciban periódicamente y sea estable en el

tiempo, lo que no implica de ninguna manera que se evalué el carácter remunerativo de los mismos, tal como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

En efecto, en el caso de las bonificaciones otorgadas en el Sector Público, más precisamente en el caso de jueces y fiscales, cabe señalar que el 8 y 9 de mayo del 2014, se llevó a cabo el segundo pleno jurisdiccional supremo en materia laboral, en el cual los Jueces Supremos acordaron ante la pregunta:

¿Cuál es la Naturaleza Jurídica del Bono por Función Judicial y Jurisdiccional? ¿Es computable el Bono por Función Fiscal y Jurisdiccional al calcular la Compensación por Tiempo de Servicios? ¿Es pensionable el Bono por función Fiscal y Jurisdiccional?

El pleno acordó por Unanimidad:

El Bono por función Fiscal y el Bono por función Jurisdiccional tienen naturaleza remunerativa y como tal, son computables para el cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios, además de tener carácter de conceptos pensionables, específicamente para el caso de Jueces y Fiscales.

Cabe señalar que dicho acuerdo tomado en el Segundo Pleno laboral, ha sido materializado en la Casación N° 1112-2014-Lima, también para el caso de auxiliares jurisdiccionales (que se encuentran sujetos al régimen laboral del sector privado), en la cual, la Corte Suprema analizó el carácter fijo y permanente del Bono por Función Jurisdiccional y determinó que el mismo tiene carácter remunerativo, estableciendo que:

“(....) Que, si bien la resolución administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial N° 049-96-SE-TP-PJ, establece el carácter no pensionable de la Bonificación por función jurisdiccional, cierto es también que conforme a las boletas de pago en fojas, seis, ocho, diez y doce, la recurrente ha venido percibiendo dicho concepto de manera fija, mensual y permanente, teniendo, similares características a la remuneración al ser de su libre disposición, lo que guarda concordancia con el

artículo 7º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que dicho concepto debe ser tomado en cuenta para el cálculo de su compensación por tiempo de servicios, así como de otro concepto de la misma naturaleza, como es el caso de las asignaciones excepcionales (...)”

En ese sentido, se advierte que vía jurisprudencial se establece el carácter remunerativo del bono por función jurisdiccional y fiscal, **pese a que el numeral 5 del artículo 186º de la Ley Orgánica del Poder Judicial** (para el caso de magistrados) y la Resolución Administrativa N° 049-96-SE-TP-PJ (para el caso de auxiliares jurisdiccionales) **establecen que dicho bono no tiene carácter remunerativo.**

En atención a ello, considero que sin perjuicio de lo establecido en la ley, que algunas bonificaciones otorgadas ya sea en el sector privado o en el sector público, pueden desnaturalizarse y forma parte de la remuneración ordinaria del trabajador, dada la naturaleza periódica de su entrega, su estabilidad en el tiempo y en virtud del principio de primacía de la realidad, sin perjuicio de que también la ley establezca que una prestación que reciba el trabajador tenga la calidad de “condición de trabajo”, toda vez que si el mismo no resulta indispensable para la prestación del servicio del trabajador, podría considerarse que tenga carácter remunerativo.

2 EL DERECHO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCION

2.1 El Derecho constitucional de Igualdad y no discriminación

La igualdad supone por definición dos o más hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean comparables entre sí para determinar la regulación coexistencia y la generación de un trato igual o diferenciado para las personas involucradas. En ese contexto, se introduce el análisis de la naturaleza de las cosas; lo cual liga distintivamente las relaciones coexistentiales de las personas ubicadas en un mismo espacio, tiempo y sujeción estatal.

A propósito de ello, es necesario advertir conforme refieren algunos autores que:

“El punto de partida es considerar que el principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos, pero adopta distintas formas y funciones de comparación según la actividad desarrollada por el destinatario. El principio de igualdad en la Ley conlleva una igualdad en la configuración de las normas jurídicas y se aplica a la actividad normativa del legislador y del ejecutivo con la finalidad de evitar el tratamiento desigual en el contenido de las normas” (Gavara de Cara: 2005, 42-43).

Nuestra actual Constitución, establece expresamente el Derecho a la Igualdad, estableciendo en su artículo 2:

“(....) Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
(.....) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie podrá ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Bajo esta misma línea es conveniente señalar que el artículo 103° de la Constitución establece que: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas”.

En atención a la regulación constitucional, cabe señalar que el Tribunal Constitucional considera a la Igualdad como un principio –derecho, que se manifiesta en dos planos convergentes, así menciona en primer lugar su carácter de principio rector de la organización y actuación del Estado democrático de Derecho, y en segundo lugar, su carácter de derecho fundamental de la persona, así en la Sentencia N° 0261-2003-AA-TC se refiere que:

“La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona.

Como Principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal constituye parte del núcleo del sistema

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

En ese sentido, el Constitucionalista Espinosa Saldaña- Barrera resalta el hecho que:

“El tribunal Constitucional peruano apunta a forjar ciertos conceptos básicos al respecto. Clave en este sentido será su reconocimiento del Carácter de principio de igualdad y todo lo que ello acarrea: Su utilidad como límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; su configuración como mecanismo de reacción jurídica frente uso arbitrario de poder, así como para el establecimiento de situación de discriminación, atentatorias a la dignidad de las personas; y finalmente, como expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho que todas las personas que gozan las mismas oportunidades ” (Espinoza Saldaña – Barrera 2010 pág. 89).

Atendiendo a lo expuesto precedentemente, se tiene que en su aspecto formal, la igualdad supone la exigencia de un trato igual al del resto, proscribiendo toda clase de discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole. Sin embargo cabe señalar que la igualdad, no solo consiste en tratar a todos de la misma forma, toda vez que la igualdad parte de las condiciones reales de existencia de las personas y por consiguiente trata igual a los iguales y desigual a los desiguales. Ello evidentemente obedece a que existen grupos menos favorecidos con menores oportunidades que el resto, razón por la cual el Estado debe ejercer una labor proteccionista e efectos dar más oportunidades a los menos favorecidos.

En atención a ello, es que el TC, precisa en la Sentencia N° 0016-2002-AI-TC, que:

“En reiterada jurisprudencia, este Supremo Colegiado ha establecido que el derecho a

la igualdad consignado en la Constitución no significa, siempre y en todos los casos, un trato igual uniforme hacia los ciudadanos; el derecho a la igualdad supone tratar “igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”.

En efecto, desde el aspecto sustancial, la igualdad supone la intervención del Estado a efectos de que los grupos menos favorecidos de la sociedad puedan tener igualdad de oportunidades, corrigiendo para ello diferencias sociales. Ello implica en buena cuenta que no en todos los casos deba tratarse por igual a todos, toda vez que en aras de lograr la igualdad de oportunidades de grupos menos favorecidos, se justifica excepcionalmente un trato desigual basado en causas objetivas y razonables. A propósito de ello, es conveniente señalar que el TC, puntualizó en la sentencia N° 0010-2002-AI-TC, que :

“En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razón objetiva y razonables”.

Por otra parte, cabe señalar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, también establece que: *“Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*

En atención a ello, es que advertimos que existen de normas de naturaleza jurídica que constituyen fuentes formalmente no constitucionales, que si bien no se encuentran en la constitución tienen jerarquía constitucional, sirviendo como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Como de los demás órganos jurisdiccionales. Dichas normas son conocidas comúnmente como “Bloque de Constitucionalidad”.

En ese sentido conviene señalar, la Declaración Humana de Derechos Humanos

promulgada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas y aprobada por el Perú en virtud de la Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959, en su artículo 7 de, establece que: *“Todos son iguales ante la ley y tiene sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promulgada el 16 de diciembre de 1966 por la Organización de las Naciones Unidas y aprobada por el Perú en virtud del Decreto Ley N° 22129 del 12 de abril de 1978, establece en su artículo 26° que: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación y garantizada a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

El Tribunal Constitucional ha reconocido a dichas normas como “Bloque Constitucional”, cuyo contenido lo integran otras fuentes distintas de la constitución, así en la Sentencia N° 0689-2000-AI/TC, refiere que: *“ Las normas del Bloque de Constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...) ”, en consecuencia y desde una perspectiva orgánica: “(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político- jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquel hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él”*.

En atención a ello, podemos advertir que el derecho a la igualdad no solamente tiene regulación constitucional, sino que también se encuentran regulados en normas supra

constitucionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, al ser parte del “Bloque Constitucional”, ello importa que su exigencia no solamente se agota en la constitución si no que se encuentra regulada expresamente en normas de carácter Internacional, siendo por tanto parte de los Derechos Humanos.

2.2 El derecho de igualdad y no discriminación en la remuneración en el derecho del Trabajo: El convenio 100 OIT y demás normas internacionales

En el marco laboral, la igualdad implica que las oportunidades de acceso y promoción y dentro del empleo sean justas y equitativas para todos los trabajadores, en consecuencia todo empleador, tienen la obligación de no discriminar o generar actos de diferenciación que no tenga una causa objetiva y razonable, es decir que se base en criterios subjetivos que impidan al trabajador de ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

El derecho a percibir igual remuneración se vincula con la prohibición de discriminar, es decir se busca garantizar que ante trabajos iguales se otorgue el mismo pago, salvo que existan causas objetivas y razonables que justifiquen la medida adoptada por el empleador.

Bajo esta misma línea, cabe precisar conforme señala Sarzo Tamayo, que:

“El derecho a una remuneración equitativa se sustenta en el derecho constitucional a la igualdad de trato en la relación laboral, Esto es así, porque el término “Equitativo (a)” proviene del latín “aequitas, que significa “igualdad”. Entonces, desde un punto de vista semántico, el derecho a una remuneración equitativa significa igualdad de remuneración, esto es igualdad de trato en materia salarial.

La igualdad de trato en materia salarial debe predicarse respecto de trabajos iguales y de trabajos de igual valor. Por tanto, el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa consiste la igualdad de remuneración por un trabajo igual y por un trabajo de igual valor” (Sarzo Tamayo: 2014, 252).

En el plano local, la igualdad en el pago por igual trabajo, fue recogida en la

Constitución de 1979, así en su artículo 43° establecía expresamente que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual. El trabajador, varón o mujer tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador (...)”. Sin embargo dicha regulación no ha sido incluida en la actual Constitución de 1993, omitiéndose una regulación constitucional respecto a la igualdad salarial como lo hacía la Constitución Política de 1979.

No obstante ello, a nivel legislativo, existen dos normas que se han pronunciado sobre la igualdad en las remuneraciones, así encontramos la Ley N° 28983, “Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres”, que en el inciso f) de su artículo 6°, establecía que constituye un lineamiento del Poder Ejecutivo: “Garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y una idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Se incluye entre los derechos laborales la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales”.

Así mismo, el Decreto Legislativo N° 1086, “Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente”, que en su numeral 4 de su artículo 3°, establece que toda empresa debe: “Garantizar que los trabajadores no podrán ser discriminados en base a su raza, credo, genero, origen y, en general, en base a cualquier otra característica personal, creencia o afiliación, igualmente, no podrá efectuar o auspiciar ningún tipo de discriminación al remunerar, capacitar, entrenar, promocionar, despedir o jubilar a su personal”.

En ese sentido, se advierte un somero desarrollo legislativo contra la discriminación y la desigualdad salarial, aunque enfocándose a circunstancias específicas, sin embargo, es conveniente señalar que el Perú ha ratificado numerosos Declaraciones y Convenios internacionales, las mismas que en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria

de la Constitución de 1993, forman parte del Ordenamiento Jurídico Peruano, perteneciendo al llamado “Bloque de Constitucionalidad” y que forman parte del derecho nacional.

En ese sentido, conviene señalar lo regulado por la Organización Internacional del Trabajo, cuyo Convenio N° 100 fue ratificado por el Perú el 01 de febrero de 1960, en ese sentido, conforme refiere el autor José Ignacio Castro Otero:

“El Convenio N° 100 de la OIT (Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor), dispone en su artículo 2° que los Estados miembros deberán, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. A su vez, en el numeral 3 del artículo 3 del mismo Convenio se señala que las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondía, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (Castro Otero: 2009, 260-261).

Bajo esta misma línea, el Convenio N° 111, ratificado por el Perú, el 10 de agosto de 1970, estableció en su artículo 2, también que: “Todo miembro para el cual este convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

En ese sentido, advertimos que la igualdad de remuneraciones establecida literalmente en los Convenios de la OIT, se orientan más a un rol promotor del Estado en la búsqueda de igualdad, lo que implica que su desarrollo sea progresivo y no pueda ser exigida de manera inmediata, constituyendo más una aspiración que una imposición que deba cumplir el Estado. Sin embargo, en atención a las otras normas que también

forman parte del Bloque de Constitucionalidad, encontramos una regulación más específica y de ejecución inmediata.

En ese sentido, encontramos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 23, establece que:

“Artículo 23.-

(...)

2.- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual

3- Toda persona que trabaje tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que el asegure, así como a su familiar, una existencia conforme a la dignidad humana y que será”

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promulgada por la Organización de las Naciones Unidas, cuyo artículo 7° establece que:

“Artículo 7.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de Condiciones de Trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a. Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i. Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.

(...)”

En atención a ello, el Profesor Iván Blume Moore refiere respecto a los convenios colectivos internacionales que:

“Los Convenios Internacionales de Trabajo son tratados internacionales legalmente

vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Establecen principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican. La ratificación de un país implica la obligación de adecuar la legislación interna y la práctica a dicho convenio.

Si un país decide ratificar un convenio, en general este entra en vigor para ese país un año después de la fecha de ratificación. Los Países que ratifican un convenio están obligados a aplicarlo en la legislación y en la práctica nacional, y tiene que enviar a la Organización Internacional de Trabajo, memorias sobre su aplicación en intervalos regulares. Además, pueden iniciarse procedimientos de reclamación y de queja contra los países por violación de los convenios que han ratificado” (Blume: 2010, 34).

Al respecto, artículo IV del título Preliminar de la Ley N° 29487 “Nueva Ley Procesal del Trabajo”, establece que “Los Jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los Tratados Internacionales de derechos Humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la Republica”

En consecuencia, haciendo una interpretación sistemática de normativa regulada por la OIT y lo regulado en la Declaración Humana de los Derechos Humanos, así como lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales podemos colegir que el pago por igual trabajo, es un derecho susceptible de ser exigido de manera inmediata, en tanto implica un trato discriminatorio e irracional que afecte a la remuneración del trabajador cuyo contenido social, constituye un derecho fundamental de la persona humana, correspondiéndole al empleador, justificar su accionar en causas objetivas y razonables que justifiquen su proceder.

2.3 Marco Jurisprudencial respecto a la igualdad de remuneraciones: De la Corte Suprema al Tribunal Constitucional:

La Posición de la Corte Suprema

La Corte Suprema, respecto a la igualdad de remuneraciones, ha tenido diversos pronunciamientos, así en un principio, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 100-2004-Lima, se pronunció señalando: *“Tendiendo en cuenta el espíritu de la norma (artículo 2º, inciso 2 del carta magna) y dado que en su accionar no ha infringido derecho alguno, toda vez que no constituye acto discriminatorio el hecho de otorgar remuneración diferenciada a sus trabajadores que realizan diferentes labores, ya que no puede existir violación al principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes se hallan en situaciones diferentes, la misma obedece a causas objetivas (...)”*

Posteriormente en la Casación N° 601-2006 - Del Santa, del 05 de septiembre del 2006, la Corte Suprema ha señalado que: *“(...) ante igual labor asiste el derecho a un trabajador a percibir igual remuneración (...)”, estableciendo como excepciones a dicha regla que “(...) la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas – evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos entre otros – e inclusive a actos de liberalidad del empleador”.*

De las casaciones antes expuestas, advertimos que para la Corte Suprema de Justicia de la República, quienes se encuentran en un mismo plano laboral y realizan labores iguales dentro de una misma empresa, deben percibir remuneraciones iguales, pues caso contrario implicaría discriminación contra el trabajador que recibe menor remuneración, ello vulnera indefectiblemente lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, salvo que existan causas objetivas y razonables.

Así pues, queda claro que para la Corte Suprema, el derecho de igualdad en las remuneraciones va de la mano con el mandato de no discriminación, proscribiéndose la arbitrariedad en la adopción de una decisión desigual que tenga dosis de subjetividad,

desvinculada de criterios objetivos relacionadas con la naturaleza de la labor desempeñada por el trabajador.

Posición del Tribunal Constitucional

En otro extremo, el Tribunal Constitucional ha expedido la Sentencia N° 2510-2002-AA/TC, en la que se pronuncia sobre el derecho a la igualdad de las remuneraciones, tomando en consideración elementos objetivos como la categoría del trabajador y la función que desempeña en el centro de trabajo, así refiere que:

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

En ese sentido se advierte de las sentencias expedidas tanto por el Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, que el derecho de igualdad en las remuneraciones va de la mano con el mandato de no discriminación, en la cual es factible admitir la presencia de remuneraciones diferenciadas, en casos de trabajadores que ocupan una misma o similar posición o que realizan una misma o similar labor, siempre que dicha diferenciación responda a causas objetivas y razonables, tales como la antigüedad, experiencia, productividad, evaluación del desempeño y rendimiento del trabajador, etc., criterios objetivos que hacen la diferencia.

3. EL CASO ESPECIAL DE LOS MAGISTRADOS

3.1 Cuestión Preliminar: Vicisitudes de las remuneraciones de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público

En principio, el artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, estableció en su numeral 5, que son derechos de los jueces: “Percibir un haber total mensual por todo concepto, acorde con su función, dignidad y jerarquía”, estableciendo que la remuneración de los Magistrados del Poder Judicial se encontraba en función de la Remuneración que percibe el Juez Supremo, así dispuso que:

b) El haber de los Vocales Superiores es del 90% del total que perciban los Vocales de la Corte Suprema; el de los Jueces Especializados o Mixtos es del 80%; el de los Jueces de Paz Letrados es del 70%, y 55% el de los Secretarios y Relatores de Sala, referidos también los tres últimos porcentajes al haber total de los Vocales de la Corte Suprema.

Respecto a la remuneración de los Fiscales, debemos tener presente que el artículo 158° de la Constitución Política, establece que: “(.....) Los miembros del Ministerio Público,

Tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público en su respectiva categoría”.

En atención a lo dispuesto en el dispositivo constitucional antes mencionado, existe una equiparación respecto a los derechos y prerrogativas entre el Juez y el Fiscal, en su categoría respectiva, por lo que los beneficios o derechos que tenga el Juez, se reflejara también en el Fiscal, dentro de su categoría respectiva.

Así las cosas, estando a lo dispuesto en el artículo 158° de la Constitución Política, la remuneración de los Jueces titulares regulada en los incisos b y c del artículo 186 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial, es de aplicación también para los Fiscales, cualquiera sea su especialidad o grado, en ese sentido.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el artículo 186° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondía al Estado cumplir con el Porcentaje establecido en el inciso b) del mencionado dispositivo legal, sin embargo el Estado no cumplía con lo dispuesto en el referido dispositivo legal, motivo que muchos jueces de la Corte Superior, protestaran contra dicho incumplimiento declarándose en “sesión permanente” (también conocido como huelga blanca) hasta que el Estado cumpla con hacer efectivo el porcentaje de las remuneraciones establecidas en el artículo 186°.

Ateniendo a dicha circunstancia, con fecha 12 de diciembre del 2013 se expide la ley 30125, en la cual modifica el numeral 5 del artículo 186° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo que: “Son derechos de los jueces: “Percibir un haber total mensual por todo concepto, acorde con su función, dignidad y jerarquía, el que no puede ser disminuido de manera alguna y que corresponden a los conceptos que vienen recibiendo, para estos fines se toma en cuenta lo siguiente:

a) El haber total mensual por todo concepto que perciben, los Jueces Supremos equivale al haber total que vienen percibiendo dichos jueces a la fecha. Este monto será incrementado automáticamente en los mismos porcentajes en los que se incrementen los ingresos de los Congresistas de la Republica.

b) El haber total mensual por todo concepto de los Jueces Superiores será del 80% del haber total mensual por todo concepto que perciban los Jueces Supremos, conforme a lo establecido en el literal a) precedente; el de los Jueces Especializados o Mixtos será del 62%; el de los Jueces de Paz Letrados será del 40%, referidos también los dos últimos porcentajes al haber total mensual por todo concepto que perciben los Jueces Supremos.

c) Los jueces titulares comprendidos en la carrera judicial, perciben un ingreso total mensual constituido por una remuneración básica y una bonificación jurisdiccional, esta ultima de carácter no remunerativo ni pensionable;

d) A los jueces, les corresponde un gasto operativo por función judicial, el cual está destinado a solventar los gastos que demanda el ejercicio de las funciones de los jueces. Dicho concepto no tiene carácter ni pensionable y está sujeto a rendición de cuenta.

(.....)”

Ahora bien, a efectos de hacer efectivo el pago de la remuneración de los Magistrados establecidos en el inciso b) del artículo 186 de la ley orgánica del Poder Judicial, el Estado programo el aumento progresivo de los haberes de los magistrados, para tales efectos opto por elevar significativamente la bonificación por gastos operativos que se encontraban regulados por el Decreto de Urgencia N° 114-2001, quedando en la actualidad conformado de la siguiente manera:

CARGOS EQUIVALENTES	Remuneración Básica	Bonificación Jurisdiccional	Gasto Operativo por Función Judicial	Haber Mensual	Porcentaje respecto al haber del Juez Supremo
Juez Superior Titular/ Fiscal Superior/ Fiscal Adjunto Supremo	s/3 005,07	s/3 500,00	s/12 068,70	s/18 573,77	80%
Juez Especializado Titular/ Fiscal Provincial/ Fiscal Adjunto Superior	s/2 005,07	s/2 700,00	s/9 689,59	s/14 394,66	62%
Juez de Paz Letrado Titular/Fiscal Adjunto Provincial	s/1 405,05	s/2 100,00	s/5 781,83	s/9 286,88	40%

3.2 Alcances del Decreto de Urgencia N° 114-2001: La Perversa diferencia salarial entre Magistrados Titulares y Supernumerarios del Poder Judicial y del Ministerio Publico a propósito de la expedición del Decreto de Urgencia N° 114-2001, de fecha 28 de setiembre de 2001

Con fecha 28 de septiembre del 2001, se expidió el Decreto de Urgencia N° 114-2001, estableciéndose el pago de Gastos Operativos a los Magistrados por el ejercicio propio de su función, disponiendo en su artículo 1 lo siguiente:

Artículo 1.- De los Gastos Operativos

1.1 Otórguese a partir de octubre del presente año, un monto por Gastos Operativos a los Magistrados y Fiscales que tengan la Calidad de Titulares y estén prestando servicios en el Poder Judicial y el Ministerio Público respectivamente, de acuerdo al anexo que forma parte del presente Decreto de Urgencia.

(....)

1.2 Entiéndase por Gastos Operativos a las entregas dinerarias orientadas a solventar los gastos que demande el ejercicio propio de sus funciones de los Magistrados y Fiscales mencionados en los numerales 1.1 y 1.2 antes citados.

(....)

1.3 Los Gastos Operativos, no tienen carácter pensionable ni remunerativos, así como tampoco sirve de base de cálculo para cualquier beneficio, cualquier disposición en contrario es nula de pleno derecho.

Por otra parte el artículo 3° del referido Decreto de Urgencia establece además que:

Artículo 3.- Rendición de Cuenta

Los Magistrados y Fiscales referidos en el artículo 1° del presente Decreto de Urgencia, deberán rendir cuenta de los Gastos Operativos, a la Oficina General de Administración o a la que haga sus veces del respectivo pliego, de conformidad con el Reglamento de que para este fin dicte el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura, según corresponda.

Los dispositivos legales antes mencionados, enuncian el carácter de condición de trabajo de los bonos por gastos operativos, toda vez que dicho bono constituye una

percepción económica no remunerativa, que en este caso el Estado en su calidad de empleador otorga a los jueces y fiscales que se encuentran en calidad de trabajadores, percepción económica que a tenor de dicho dispositivo legal resulta necesarias para la prestación del servicio o en su defecto facilita su labor, estando sujeto a una rendición de cuentas que se haga en la entidad respectiva.

Llama la atención que el Decreto de Urgencia realice una distinción respecto a la calidad de Titular en el cargo de Magistrado para recibir la Bonificación por Gastos Operativos, estableciendo en su numeral 1.2 del artículo 1 que dicha Bonificación, se encuentra dirigida a cubrir los gastos en el ejercicio propio de su función, cuando tanto el Magistrado Titular y no titular al realizar la misma función generarían los mismos gastos.

En ese sentido, estando a la distinción realizada por el Decreto de Urgencia N° 114-2001 entre Magistrados Titulares y no Titulares para la entrega del bono por gastos operativos, acarrea a que en la actualidad las remuneraciones de los Magistrados Supernumerarios (es decir no titulares), se encuentren establecidos de la siguiente manera:

Cargos	Remuneración Básica	Bonificación Jurisdiccional	Haber Mensual
Juez Superior / Supernumerario/ Fiscal Superior Supernumerario /Fiscal Adjunto Supremo Supernumerario	s/3 005,07	s/3 500,00	s/6505, 07
Juez Especializado Supernumerario/ Fiscal Provincial Supernumerario/ Fiscal Adjunto Superior Supernumerario	s/2 005,07	s/2 700,00	s/ 4705.07
Juez de Paz Letrado Supernumerario/ Fiscal Adjunto Provincial Supernumerario	s/1 405,05	s/2 100,00	s/ 3505,05

Ahora bien, volviendo a la regulación establecida en el Decreto de Urgencia N° 114-

2001 encontramos que el artículo 3º, establece que el bono por gastos operativos se encuentra sujeta a rendición de cuentas ante la Oficina de Administración, por lo que corresponde a las Entidades Públicas reglamentar los conceptos que integran los Gastos Operativos, es así que con fecha 22 de octubre del 2001, se expidió la Resolución N° 1070-2001-MP-FN, en la cual se aprobó el Reglamento de Gastos Operativos, estableciéndose en su artículo 6º que:

Artículo 6º.- Los gastos que se pueden efectuar dentro del ejercicio de la función con cargo a dichos gastos operativos son los siguientes:

1.- Gastos en Vehículos.

1.1 Gastos de Combustible

1.2 Peaje, Estacionamiento Guardiañá

1.3 Mantenimiento y Servicios básicos no autorizados

1.4 Pasajes dentro de su jurisdicción

1.5 Multas impuestas a vehículos oficiales

2.- Servicios

2.1 Teléfonos celulares

2.2 Alimentación dentro de su jurisdicción

3. Publicaciones

Compra de diarios, revistas, libros, publicaciones, software y accesorios, con excepción del diario oficial que se asigna al despacho; servicios de elaboración e impresión de libros, revistas y otras publicaciones que los fiscales realicen por propia iniciativa.

4. Estudios y Capacitación

4.1 Capacitación y actualización no autorizada mediante Resolución de Fiscalía de la

Nación o Gerencia General.

5. Seguros y gastos complementarios de salud

5.1 Gastos en los seguros de vida y salud así como de seguridad de sus bienes que no están cubiertos totalmente por la Institución

6. Representaciones

6.1 Atenciones oficiales o protocolares en el ejercicio de su función

7. Otros

7.1 Misceláneos respecto a los cuales no resulta factible o practica la presentación de facturas de gastos.

En ese sentido, advertimos con suma claridad que los conceptos que permiten sustentar los Gastos Operativos, pueden implicar un ahorro al Magistrado en el sentido de que los gastos que incurran los Magistrados en su propio beneficio, podrían ser considerados como gastos operativos, toda vez que la presente resolución administrativa es muy flexible en cuanto a dicho sustento, lo que invita a preguntarnos si los Gastos Operativos podrían desnaturalizarse y formar parte de la remuneración de los Magistrados.

3.2 La Bonificación por Gastos Operativos ¿se desnaturalizan?

Conforme mencionamos en la primera parte del presente trabajo, en atención a lo dispuesto en el artículo 6° del DS. N° 003-97-TR, existe una presunción de salariedad respecto al pago recibido por el empleador, al establecer que Constituye Remuneración para todo efecto legal el integro 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, lo que implica una ventaja patrimonial al trabajador producto de la relación de trabajo.

En atención a ello corresponde analizar si la ventaja percibida por el trabajador, es para

beneficio propio o responden a la necesidad propia para la realización de las labores, ello viene a colación en el presente caso, toda vez que en virtud de lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 114-2001, los Gastos Operativos constituyen condiciones de trabajo, razón por la cual se encuentran sujetos a rendición de cuentas ante la Oficina de Administración respectiva. Sin embargo, corresponde analizar si efectivamente dicha bonificación cumple tal fin, sin perjuicio de la regulación establecida en el referido Decreto de Urgencia, así podemos advertir:

a) **Los conceptos que forman parte los Gastos Operativos:** En atención a lo regulación establecida en la Resolución N° 1070-2001-MP-FN de fecha 22 de octubre del 2001, se advierte que los gastos operativos pueden sustentarse en conceptos que no necesariamente son para uso en el ejercicio de sus funciones, como por ejemplo: El pago de Teléfono Celular, Vestimenta, Alimentación, capacitación, etc., son conceptos que el Magistrado puede justificarlos por su uso particular, lo que implica un ahorro para los Magistrados y por ende una ventaja patrimonial.

Al respecto, cabe señalar que la doctrina nacional destaca que: “Debe entenderse también por ventaja o incremento patrimonial, a cualquier forma por la cual el trabajador disminuye sus egresos liberándose de algún costo en el que en circunstancias normales incurría o debería incurrir. Está asociado directamente al ahorro. Debemos convenir que la disminución de los egresos es también una forma de incrementar el patrimonio” (García Manrique, Valderrama Valderrama, Paredes Espinoza: 2014, 18).

En efecto, conforme se mencionó en la primera parte del presente trabajo, equiparando el interés del trabajador – empleador, las condiciones de trabajo, se desnaturalizan cuando prima el interés del primero, obteniendo este una ventaja patrimonial que sea de su libre disposición, siendo que en el presente caso, los conceptos que integran los gastos operativos, al no estar necesariamente orientados al ejercicio de sus funciones, los gastos que incurran los Magistrados a título particular, son susceptibles de ser sustentados como gastos operativos, haciéndose pasar como si lo fueran, cuando en realidad no lo son, circunstancias que nos permiten colegir que existe una

desnaturalización de las condiciones de trabajo, guardando relación con el criterio compartido por la Corte Suprema, en la Casación N° 460-2006-Lima antes mencionado, en donde el Tribunal Supremo, analizó la desnaturalización de las condiciones de trabajo cuando prima el interés del trabajador, obteniendo este una ventaja patrimonial.

La entrega Fija y permanente del Bono por Gastos Operativos: El carácter fijo y permanente es otro elemento importante para considerar que un concepto cumple una función remunerativa, ello se advierte de la regulación establecida en el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 650, en donde se establece que para el caso de trabajadores del sector Privado, constituye remuneración regular para el cómputo de la Compensación por Tiempo de Servicios, **aquella remuneración que perciba el trabajador de manera permanente**, considerando además que aun tratándose de remuneraciones variables o imprecisas, se considera cumplido el requisito de regularidad si el trabajador las ha percibido por lo menos tres meses en un periodo de seis.

En el presente caso, en atención a lo dispuesto en el inciso d) del numeral 5 del artículo 186° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se establece que los Gastos Operativos constituyen parte de los Haberes de los Magistrados, razón por la cual se otorgan de manera fija y permanente de manera mensual, no estableciéndose la suspensión de su entrega aun cuando el Magistrado se encuentre en periodos de inactividad, como por ejemplo cuando estese encuentre de vacaciones, siendo por tanto factible que su entrega se realice en dicho periodo, más aun si consideramos que los conceptos para sustentar como gastos operativos tales como por ejemplo: Teléfono celular, Vestimenta, Alimentación, Capacitación, etc. Al ser gastos incurridos por los Magistrados a título personal (que pueden sustentarse como gastos operativos) pueden darse inclusive en periodos en los cuales los magistrados no se encuentren laborando, consolidándose por ello la desnaturalización de la Bonificación por Gastos Operativos.

b) La denominación legal de la Bonificación por Gastos Operativos como “no remunerativo”: Conforme mencionamos precedentemente la Bonificación por Gastos

Operativos al ser parte de los Haberes de los Magistrados, su entrega se realiza de manera fija y permanente de manera mensual, ello desde ya constituye un indicio relevante de desnaturalización.

Cabe señalar que atendiendo el carácter fijo y permanente un concepto podría ser considerado remunerativo independientemente de su denominación legal, un ejemplo de ello, lo encontramos en la Casación N° 1112-2014-Lima, antes mencionado, en la cual, la Corte Suprema analizó el carácter fijo y permanente del Bono por Función Jurisdiccional que para ese caso, se otorgaba a los auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial, pasando por encima de su denominación legal que para ese caso se encontraba regulada por la Resolución Administrativa N° 049-96-SE-TP-PJ, el mismo que estableció que dicho bono no tenía carácter remunerativo.

Aunado a ello, reiteramos que en el Segundo pleno jurisdiccional supremo en materia laboral, los Jueces Supremos acordaron por unanimidad, que para el caso de los Magistrados que *“El Bono por función Fiscal y el Bono por función Jurisdiccional tienen naturaleza remunerativa y como tal, son computables para el cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios, además de tener carácter de conceptos pensionables, específicamente para el caso de Jueces y Fiscales”*, estableciendo vía jurisprudencial el carácter remunerativo del bono por función jurisdiccional y fiscal, pese a que el inciso c) del numeral 5 del artículo 186° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que dicho bono no tiene carácter remunerativo.

Atendiendo a dicha circunstancia y dado que los gastos incurridos por los jueces y fiscales de manera personal son susceptibles de ser considerados como Gastos Operativos, en virtud del principio de primacía de la realidad, considero que el carácter “no remunerativo” del Bono por Gastos Operativos, establecido en el inciso d) del numeral 5 del artículo 186° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es óbice para que se reconozca su carácter remunerativo, ya que por lo que atendiendo todos estos elementos podemos colegir el carácter remunerativo del Bono por Gastos Operativos.

3.3 La vulneración del Derecho a la Igualdad en las remuneraciones de los Magistrados: En búsqueda de una Casusa Objetiva y Razonable

Conforme mencionamos anteriormente, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución, el Derecho a la igualdad supone la exigencia de un trato igual al del resto, proscribiendo toda clase de discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole, siendo que en el marco laboral, la igualdad implica que todo empleador, tienen la obligación de no discriminar o generar actos de diferenciación que no tenga una causa objetiva y razonable, es decir que se base en criterios subjetivos que impidan al trabajador de ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

Ello se encuentra enmarcado en el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promulgada por la Organización de las Naciones Unidas, cuyo artículo 7°, que forman parte de nuestro ordenamiento al ser parte del “Bloque constitucional”, lo que ha sido objeto de pronunciamiento tanto por el Poder Judicial a través de las Casaciones N° 100-2004-Lima y N° 601-2006 - Del Santa, como por el Tribunal Constitucional a través de la STC N° 2510-2002-AA/TC, antes mencionados.

Ante este escenario, es necesario tener presente conforme refieren algunos autores que “El principio de igualdad, entendido en su concepción amplia que incluye al mandato de no discriminación, adquiere una importancia trascendental para el libre ejercicio del derecho al trabajo, toda vez que no es casualidad que ambos derechos sean reconocidos constitucionalmente. Frente a lo cual, podemos sostener preliminarmente que el derecho al trabajo requiere del principio de igualdad para existir, por lo menos bajo los parámetros de un Estado democrático de derecho, así como de la regulación nacional e internacional vigente” (Belleza: 2010, 45-46).

En ese sentido y dada la desnaturalización del pago de haberes entre Magistrados Titulares y no Titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público, corresponde verificar si existe una causa objetiva y razonable que justifique la perversa diferencia

remunerativa entre dichos Magistrados.

3.3.1 La titularidad en el Cargo y la naturaleza de sus labores.

En principio, debe tenerse presente la Ley N° 29277 “Ley de Carrera judicial”, los magistrados, sea cual fuere su jerarquía, se clasifican en magistrados titulares, provisionales y suplentes, así el artículo 65 de la referida ley, establece la definición de cada Magistrado:

Artículo 65.- Definiciones

65.1 Jueces Titulares son aquellos a los que se nombra de manera permanente para el ejercicio de la función jurisdiccional en el nivel que corresponde.

65.2 Jueces Provisionales son aquellos Jueces Titulares que ocupan en caso de vacancia, licencia o impedimento el nivel superior inmediato vacante.

65.3 Jueces Supernumerarios son aquellos que no habiendo obtenido la plaza de Juez Titular aceptan incorporarse al registro de Jueces Supernumerarios en su nivel, siempre y cuando se encuentren en el cuadro de aptos elaborado por el Consejo Nacional de la Magistratura, a efectos de cubrir plazas vacantes conforme al artículo 239 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

(....)

Sin embargo, pese a existir diferentes clases de Magistrados, todos gozan de los mismos derechos, sin distinción alguna, siendo que el artículo 146° de la Constitución Política del estado, no hace referencia alguna respecto a labor de los Magistrados, así establece que:

Artículo 146°.- Exclusividad de la Función Jurisdiccional La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo. Los jueces sólo perciben las remuneraciones que les asignan el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley. El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley. 2. La

inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento. 3. Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función, y 4. Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía.

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, tampoco establece distinciones respecto a los derechos de los Magistrados ya sea porque son titulares, previsionales o Supernumerarios, así se advierte en su artículo 193°. de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

Artículo 193.- Derechos y beneficios intangibles

Los derechos y beneficios que esta Ley reconoce a los Magistrados y, en general al Poder Judicial no pueden ser recortados, modificados ni dejados sin efecto por ninguna disposición legal que no sea la modificación de esta Ley Orgánica según las disposiciones constitucionales vigentes, con excepción de la remuneración que por función jurisdiccional perciben los Vocales de la Corte Suprema, la misma que se encuentra fijada en el literal b) del artículo 4 de la Ley N° 28212.

Ahora bien, respecto al caso de los fiscales, advertimos que la Constitución Política del Estado, establece en su artículo 159° que:

Artículo 159°.- Corresponde al Ministerio Público

- 1.- Promover de Oficio o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho.*
- 2.- Velar por la Independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.*
- 3.- Representar en los procesos judiciales a la sociedad.*

Por otra parte, el artículo 1° de ley orgánica del Ministerio Público aprobada por el Decreto Legislativo N° 052, establece en su artículo 1° que el Ministerio Público es él tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de

defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito, la reparación civil, la prevención del delito.

En ese contexto se establece que la labor de los fiscales, cualquiera sea su jurisdicción, jerarquía o especialidad, se encuentran orientada básicamente a la defensa de la legalidad y/o a la investigación del delito (dependiendo de la especialidad), lo que constituye una función uniforme también para todos los fiscales sin ninguna excepción.

En atención a ello, podemos colegir que los Magistrados, mientras se encuentren en el ejercicio del cargo, sea en condición de provisionales o supernumerarios, tienen el derecho de ser tratados en las mismas condiciones que los magistrados titulares, ya que la ley no establece ninguna distinción de privilegio respecto a sus derechos (por el hecho de ser titular).

3.3.2 La responsabilidad en el Ejercicio de sus funciones

En cuanto a las responsabilidades, es conveniente resaltar que el artículo 138° de la Constitución Política del Estado establece que la Potestad de Administrar Justicia se ejerce a través del Poder Judicial, en ese sentido, refiere Marianella Ledesma Narváez:

“El Estado como organización jurídico- política suprema funciona como un ente orgánico que descansa sobre una base jurídica vinculante y que detenta como una de sus principales características el exclusivo ejercicio del Poder. En tal sentido, resulta coherente que frente al monopolio de la Jurisdicción que ejerce el Estado, este asuma la responsabilidad directa frente a daños que pudiera generar el ejercicio de la función jurisdiccional, máxime que cuando los jueces imparten justicia lo hacen a nombre del pueblo, en atención a lo regulado en el artículo 138° de la Constitución Política del Estado” (Ledesma: 2008, 713).

En ese sentido, en el ejercicio de sus funciones del juez como encargado de la administración de justicia, no se encuentra eximido de responsabilidad, así el artículo 509° del Código Procesal Civil, establece, expresamente que:

Artículo 509.-El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa

inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

(....)

Asimismo, respecto para el caso de los fiscales, nuestra constitución, también establece que la responsabilidad por el ejercicio propio de su función, haciendo extensiva la aplicación del mencionado dispositivo legal, sin hacer distinción de su jerarquía o especialidad, en ese sentido en el artículo 118° del Código Procesal Civil, se establece que :

Artículo 118°.- El representante del Ministerio Público, es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa, con negligencia, dolo o fraude. El proceso se sujeta al trámite que corresponde al de responsabilidad civil de los Jueces.

En atención a lo expuesto precedentemente, queda claro que tanto el juez como el Fiscal, se encuentran sujetos a responsabilidades por el actuar negligente en su función, no existiendo distinción alguna respecto a su titularidad en el cargo, de ello se colige que la responsabilidad civil es igual para ambos Magistrados independientemente de su titularidad en el cargo.

3.4 Una Aproximación en la Jurisprudencia

No existe jurisprudencia que declare de manera directa fundada la vulneración del principio de igualdad en el pago de haberes de los Magistrados Titulares y Supernumerarios (no titulares), sin embargo, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, han emitido sentencias pronunciándose sobre la diferencia remunerativa de los Magistrados a propósito de la expedición del Decreto de Urgencia N° 114-2001, jurisprudencia que nos da un derrotero respecto a la vulneración del derecho a la Igualdad entre Magistrados Titulares y Supernumerarios.

Así, podemos mencionar que el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 1875-2004-AA/TC (Liliana Janet Rodríguez Villanueva y otros contra el Ministerio de Economía y de Justicia), un grupo de Magistrados supernumerarios, solicita que le sea entendible el pago de Bonificación por Gastos Operativos establecidos en el Decreto de Urgencia N.º 114-2001, sin embargo dicha demanda fue declarada IMPROCEDENTE por el Tribunal Constitucional, sin embargo el Tribunal Constitucional emite pronunciamiento respecto al Decreto de Urgencia N.º 114-2001 y resuelve exhortar al Poder Ejecutivo a que incluya a los magistrados y fiscales provisionales y suplentes como beneficiarios del monto que otorga por gastos operativos el Decreto de Urgencia N.º 114-2001, considerando lo siguiente:

“El Decreto de Urgencia N.º 114-2001

9. *El análisis conjunto de las disposiciones del Decreto de Urgencia N.º 114-2001, permite concluir que su finalidad es coadyuvar al “(...) proceso de renovación en el sistema judicial (...)” y generar un clima de respeto a la legalidad y seguridad jurídicas, con el propósito de preservar los derechos ciudadanos y, al mismo tiempo, atraer inversiones nacionales y extranjeras para cuyo efecto es menester adoptar medidas destinadas a reinstitucionalizar el sistema de justicia”, siendo dichos objetivos “(...) de interés nacional y requieren medidas económico – financieras extraordinarias de carácter urgente”, razón por lo cual es de “(...) estricta justicia proporcionar a los magistrados y fiscales recursos que les permitan contar con ingresos adicionales para que sean aplicados a cubrir los gastos correspondientes al desempeño de sus funciones (...); había cuenta que sus ingresos “(...) no guardan relación con sus elevadas responsabilidades y no reflejan el hecho de estar impedidos, por prohibición constitucional, de desempeñar cualquier otra actividad pública o privada (...)”, y “que dicha circunstancia se ve agravada por el sistema de trabajo, que determina que los magistrados y fiscales no dispongan de una infraestructura mínima para el desempeño de sus tareas.*

10. *A pesar de que la referida norma invoca el inicio de un proceso de renovación en el sistema judicial, sustentándose en el interés nacional, solo otorga beneficios a los*

magistrados y fiscales que tengan la condición de titulares, excluyendo implícitamente de los beneficios otorgados a los magistrados (y fiscales) provisionales y suplentes, introduciendo un tratamiento diferenciado sin una justificación objetiva y razonables, pues los magistrados, “tienen, bajo responsabilidad, el deber de administrar justicia en nombre de la nación”, como bien lo señala en su parte considerativa, sin distinción alguna que emane de su condición de titular o provisional o suplente”

(.....)

12. En el caso de autos, no se acredita la existencia de distintas condiciones de hecho que hagan relevante la diferenciación establecida por el decreto de urgencia materia de análisis. Tampoco dicho trato distinto tiene una finalidad específica, razón por la cual no existe razonabilidad ni proporcionalidad que justifique la discriminación.

13. En ese orden de ideas, este colegiado advierte que el Decreto Legislativo N° 114-2001, en sentido estricto, ha generado una omisión relativa, pues el carácter incompleto de la referida norma, que tiene rango de ley, está directamente vinculado con el principio – derecho de igualdad de los recurrentes, debido a que otorga beneficios a los magistrados titulares sin referirse a los provisionales y suplentes, los mismos que, desde el punto de vista constitucional, merecen el mismo tratamiento.

(La negrita y el subrayado es nuestra).

En ese sentido a tenor de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional antes referida, se advierte que el Tribunal Constitucional reconoce expresamente el carácter discriminatorio del Decreto de Urgencia N° 114-2001, respecto a los Magistrados que no son titulares el mismo que no se basa en una condición objetiva ni razonable, razón por la cual si bien es cierto declara improcedente la demanda, resuelve exhortar al Poder Ejecutivo a que incluya a los Magistrados y Fiscales Provisionales y Suplentes como beneficiarios del monto que otorga por gastos operativos el Decreto de Urgencia N° 114-2001.

Por otra parte, la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema

de Justicia de la Republica, en la Sentencia N° 1486-2014-Cusco, establece como precedente vinculante que: *“Los gastos operativos otorgados por el artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 114-2001 en aplicación del principio-derecho de igualdad y no discriminación deben ser percibidos por los Magistrados Titulares. Así como por los Magistrados Provisionales en el cargo efectivamente desempeñado en tanto ambos ejercen las mismas funciones y tienen la misma responsabilidad. Este concepto debe ser otorgado a partir de la vigencia de la Ley N° 30125, ley que establece medidas para el fortalecimiento del Poder Judicial”*. Al respecto cabe señalar que en la referida sentencia, la Corte Suprema realiza un Test de Proporcionalidad respecto al Decreto de Urgencia N° 114-2001, en el que la referida norma no supera el examen de necesidad, por lo que el referido Tribunal considera que el artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 114-2001, vulnera el principio-derecho a la igualdad, concluyendo que:

“(....)

Vigésimo Primer Considerando: Conclusión: Por estas Conclusiones el Decreto de Urgencia N° 114-2001, que otorgo a partir del mes de octubre del 2001, un monto por Gastos Operativos a los Magistrados y Fiscales que tengan la calidad de Titulares y está prestando servicios en el Poder Judicial y Ministerio Publico; vulnera el principio derecho de igualdad ante la ley, así como no justifica adecuadamente el trato que se otorga a los magistrados titulares y provisionales había cuenta que los ingresos que percibe el magistrado provisional no guarda relación con las elevadas responsabilidades que asume y que son idénticas a las que tienen los magistrados titulares, más aun si el Juez Provisional también es un Juez Titular que ocupa un nivel superior inmediato vacante, es decir, mantienen su condición de titular pero ejerciendo un cargo con mayor responsabilidad, según lo establece el numeral 65.2 del artículo 65° de la Ley de Carrera Judicial”

Vigésimo Segundo.- En esta línea de pensamiento, como se ha desarrollado que los gastos operativos en realidad son otorgados en función a las elevadas responsabilidades que asume un Magistrado y Fiscal que al administrar justicia, adopta una serie de compromisos en la labor de la magistratura como es el respeto a la Constitución Política del Perú, sus valores, así como el ordenamiento jurídico

vigente, exigiéndole además una adecuada solvencia moral: *Compromisos y exigencia que deben ser cumplidos por todos los Magistrados y Fiscales sin distinción y sin importar su condición de Titular o Provisional, **pues concluir lo contrario significaría que los Magistrados Provisionales se encuentran exentos de estas responsabilidades, lo que sería irrazonable, más aun si cualitativamente las decisiones adoptadas por los titulares, pues sería ilógico pensar que las resoluciones expedidas por un juez provisional adolece de la misma eficacia y exigencia que una resolución expedida por un Juez Titular,** más aun si el proceso de responsabilidad civil de los jueces previsto en el artículo 509° del Código Procesal Civil, únicamente refiere: “El juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa, daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca”, sin discriminar entre un Magistrado Titular de uno Provisional (la negrita y el subrayado es nuestra). (....)”*.

Al respecto se advierte de la referida Casación, que al igual que la sentencia N.º 1875-2004-AA/TC, se hace hincapié en la vulneración del principio de igualdad por parte del Decreto de Urgencia N° 114-2001 al establecer diferencias en la retribución de las bonificaciones de Gastos Operativos en virtud de las labores que desempeñan tanto los Magistrados Titulares como los que no lo son, en razón de que no se encuentran razones que justifiquen el trato discriminatorio del cual son objeto. Ello importa como hace referencia el Tribunal constitucional, que el ejecutivo tome medidas a efectos de erradicar dicha desigualdad, incluyendo para tales efectos a los magistrados y fiscales provisionales y suplentes como beneficiarios del monto que otorga por gastos operativos el Decreto de Urgencia N.º 114-2001, evidenciándose de esta manera la vulneración del principio de igualdad respecto a la entrega del Bono por Gastos Operativos, independientemente de su desnaturalización como remuneración.

3.5 El Proyecto de Ley N° 1276-2016/CR

Con fecha, 21 de abril del presente año, el Congresista Javier Velásquez Quesquén,

presento el proyecto de Ley N° 1276-2016 en el Congreso, en cuya exposición de motivos refiere que la presente ley tiene como propósito garantizar la aplicación del principio – derecho a la igualdad, en tanto que los jueces titulares y provisionales realizan la misma labor, y tienen las mismas responsabilidades que los jueces y fiscales titulares.

El referido proyecto de ley, se fundamenta en la vulneración del Principio de igualdad ante la ley, consagrado en la Constitución Política del Estado, así como el artículo 7° de la Declaración Humana de Derechos Humanos y en el artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, antes referidos, así como el carácter irrenunciable de los derechos laborales establecido en el artículo 26.2 de la Constitución Política del Perú, así como en el Convenio 111 de la OIT entre otros, contemplando la necesidad de salvaguardar el derecho a la igualdad de los Magistrados Provisionales.

Cabe señalar que dicho proyecto de ley al referirse a la provisionalidad de los jueces y fiscales, hace referencia a la no titularidad de estos en el cargo en el que ejercen sus funciones, razón por la cual debe entenderse que la provisionalidad a la que hace referencia el proyecto de ley comprende tanto a jueces y fiscales titulares que son promovidos a un puesto inmediatamente superior en el cual no son titulares pero sin embargo ejercen la misma función que estos, como aquellos jueces y fiscales que no tienen ninguna clase de titularidad en el cargo de Magistrados y cuya designación recae por lo general en abogados en el ejercicio libre de su profesión o auxiliares jurisdiccionales promovidos.

Este proyecto de ley 1276-2016/CR fue remitido con fecha 7 de noviembre del 2017, junto con el Proyecto de Ley N° 844/2016-MP presentado por el Ministerio Publico, el Proyecto de ley N° 967/2016-CR presentado por la Congresista Marisol Espinoza Cruz y el Proyecto de Ley N° 206/2017-CR presentado por Carlos Alberto Domínguez Herrera, a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, el cual emite Dictamen aprobando dichos Proyectos de Leyes y expidiéndose un texto sustitutorio

cuyo tenor es el siguiente:

TEXTO SUSTITUTORIO
LEY QUE PROMUEVE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD
ENTRE JUECES Y FISCALES, RESPECTO A LA REMUNERACION Y
CONDICIONES DE TRABAJO

Artículo 1.- Objeto de la Presente Ley

La presente ley tiene por objeto promover la aplicación del principio de igualdad entre jueces y fiscales titulares y provisionales; en concordancia con la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Peruano es parte.

Artículo 2.- Aplicación del Principio de igualdad en la remuneración y condiciones de trabajo

Los jueces y fiscales provisionales reciben igual remuneración y gozan de las mismas condiciones de trabajo que los jueces y fiscales titulares que se encuentren en el mismo nivel. Ello incluye los gastos operativos y cualquier otro concepto de diferente denominación destinado a solventar los gastos que demande el ejercicio de la función.

Artículo 3.- Política para la selección y nombramiento de jueces y fiscales en las plazas vacantes

El consejo Nacional de la Magistratura debe procurar la selección y nombramientos de jueces y fiscales en todas las plazas vacantes a la fecha, sin perjuicio de la búsqueda de idoneidad de los candidatos de jueces y fiscales.

Artículo 4.- Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

A tenor del presente Proyecto de Ley aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, queda claro que existe contravención al derecho a la igualdad entre los jueces y fiscales respecto al otorgamiento del bono por gastos operativos regulado por el Decreto de Urgencia N° 114-2001, el mismo que es considerado como una condición de trabajo, precisándose así en el artículo 2, sin embargo a tenor de lo

expuesto en el presente trabajo, es menester indicar que los gastos operativos se han desnaturalizado y forman parte de la remuneración razón por la cual es que considero que la vulneración del principio de igualdad entre jueces y fiscales titulares y no titulares, se encuentra enmarcada al carácter remunerativo de los mismos.

CONCLUSIONES

- La remuneración tiene un carácter contractual, ello se advierte del artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, DS. N° 003-97-TR, ello evidentemente implica una presunción de salariedad del pago que realiza el empleador al trabajador por el trabajo realizado.
- Atendiendo a la presunción de salariedad de las remuneraciones, cuando se entreguen beneficios económicos calificados como condiciones de trabajo deben analizarse elementos tales como la periodicidad y la estabilidad de la percepción económica recibida por el trabajador en el tiempo, así como la ventaja patrimonial a favor del trabajador en virtud de dicha condición de trabajo, independientemente de su calificación legal, en virtud del principio de primacía de la realidad.
- El artículo 186° de la ley Orgánica del Poder Judicial, establece que los haberes de los Magistrados se encuentran constituidos por una Remuneración Básica, un Bono por Función Jurisdiccional y un Bono por Gastos Operativos, estableciéndose que estos dos últimos no tienen carácter remunerativo, sin embargo independientemente de dicha definición legal, ello no implica que no desnaturalicen, prueba de ello lo encontramos en el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo laboral, en el cual para el caso de los Magistrados, se consideró que el Bono por Función Jurisdiccional es parte de la remuneración de los jueces y fiscales.
- En el caso de los Gastos operativos, regulados por el Decreto de Urgencia N°

114-2001, toda vez que la misma que se entrega de manera fija y periódica, aun en periodos de inactividad de los Jueces y Fiscales (como por ejemplo en el caso de vacaciones) aunado a ello debe considerarse además que reglamentación del bono por gastos operativos a través la Resolución N° 1070-2001-MP-FN, posibilita justificar parte dichos gastos en conceptos de uso personal tales como teléfono, gasolina, ropa, alimentación, capacitación, etc., lo que implica un ahorro y una ventaja Patrimonial a favor del Magistrado, circunstancias que nos permiten colegir la desnaturalización de la referida condición de trabajo, formando parte de la remuneración del Magistrado.

- El hecho de que el Decreto de Urgencia N° 114-2001, establece que la entrega del Bono por Gastos Operativos solo le corresponde a los Magistrados que son titulares (excluyendo a los no titulares) se vulnera el derecho a la igualdad en las remuneraciones, toda vez que no existe una causa objetiva y razonable que justifique que los Magistrados que no sean titulares tengan que ganar menos que un Magistrado titular, ya que ambos desempeñan la misma función, están sujetos al mismo horario y están sujetos a la misma responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, ello resulta evidente además a la luz de los fundamentos plasmados en la sentencia N.º 1875-2004-AA/TC (Liliana Janet Rodríguez Villanueva y otros contra el Ministerio de Economía y de Justicia), expedida por el Tribunal Constitucional, así como la Sentencia N° 1486-2014-Cusco, expedida por la Corte Suprema de Justicia, aunado en el hecho además que existe un proyecto de ley en el Congreso, en la cual se busca restablecer el equilibrio remunerativo entre jueves y fiscales titulares y no titulares.
- Se contraviene también lo dispuesto en el artículo 24° de la Constitución que establece que la remuneración debe ser “equitativa” y “suficiente” que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual, ello implica en buena cuenta que esta no sea objeto de actos de diferenciación arbitrarios y que cubra las necesidades más básicas que del trabajador por el cargo que desempeña, lo que no se cumpliría en el presente caso dada la diferenciación injustificada entre

las remuneraciones de los jueces y fiscales titulares y los jueces y fiscales no titulares, lo que implica que la remuneración de estos últimos no sea "equitativa" tampoco sería "suficiente" ya que al no recibir dicha bonificación (que forma parte de su remuneración) la remuneración percibida (conformada solamente por la remuneración básica y el bono por función jurisdiccional) no estaría acorde con el cargo al cargo que desempeñan, ya que el grueso de la remuneración de todo magistrado está conformado por los llamados "Gastos Operativos".

- Bajo esta misma línea, debe de considerarse que el artículo 186° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que son deberes de los Magistrados, percibir un haber total mensual por todo concepto, **acorde con su función, dignidad y jerarquía**, el que no puede ser disminuido de manera alguna, razón por la cual, a efectos de lograr dicha equivalencia acorde con su función, dignidad y jerarquía es que el Estado decidió incrementar la bonificación por gastos operativos, por lo que el hecho de que los Jueces y fiscales que no son titulares al no percibir dicha bonificación por "Gastos Operativos", se estaría contraviniendo también lo dispuesto en el artículo 186° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La expedición del Decreto de Urgencia N° 114-2001, en la medida que establece una diferencia por Gastos Operativos entre magistrados titulares y no titulares, contraviene el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución que establece la igualdad ante la ley, ya que esta no se fundamenta en casusas objetivas y razonables, así mismo, se contraviene lo dispuesto en el artículo 7° de la Declaración Humana de Derechos Humanos y en el artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, así como el Convenio 111 de la OIT, vulnerándose derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFIA

1.- Arce Ortiz, Elmer

2008. “Configuración Jurídica de la Remuneración en el Perú”. “Derecho Individual del Trabajo en el Perú”, Lima, Editorial Palestra, Pág. 323-399.

2.- Avalos Jara, Oxal Víctor

2008. “Precedentes de Observancia Obligatoria en materia Laboral de la Corte Suprema” Lima, Editora Jurídica Grijley EIRL.

3.- Bacacorzo, Gustavo

1976. “Derecho de Remuneraciones del Perú. Régimen Laboral – Administrativo”, Lima, UNMS Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones.

4-- Belleza Salazar, Mariela

2010. “El principio de igualdad y su incidencia de género en el derecho laboral” en Córdova Schaefer, Jesús y otros (coordinadores) “Los Principios laborales en la Jurisprudencia Peruana”. Lima, Editorial Caballero Bustamante, Pág. 45-57.

5.-Blume Moore, Iván

2010 “La igualdad Salarial entre Mujeres y Hombres en el Perú”. Lima. Editorial PUCP.

6.- Castro Otero, José Ignacio

2009. “La igualdad en la Remuneración”, en Mejía Madrid, Renato y otros (coordinadores) “Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica”. Lima, Editorial Grijley, Pág. 259-275.

7.- Centro Interamericano de Administración del Trabajo

1980. “Remuneraciones e Intervención del Estado”. Documento de Trabajo CIAT.

8.- Congreso de la Republica.

2017. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso. pág. 1-29.
Consulta: 2 de diciembre del 2017

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/00844DC15MAY20171115.pdf

9.- García Manrique Álvaro, Valderrama Luis y Paredes Espinoza Brucy

2014. “Remuneraciones y Beneficios Sociales”. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.

10.- Ledesma Narváez, Marianella

2008. “Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo II”. Lima, Editorial Gaceta Jurídica Editores.

11.- Toyama Miyagusuku, Jorge

2005. “Instituciones del Derecho Laboral”. Lima, Editorial Gaceta Jurídica Editores.

12.- Pizarro Díaz, Mónica

2006. “La remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral”. Gonzales y Asociados Consultores Laborales.

13.- Sarzo Tamayo, Víctor Renato

2014 “La configuración constitucional del Derecho a la Remuneración en el Ordenamiento Jurídico Peruano”, Lima, Editorial Palestra.

14.- Poder Judicial

2014. Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral: 8 y 9 de mayo del 2014, Consulta: 23 de septiembre del 2017

<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6ae5488044d2d09da6caff1252eb7eb2/Informe%2By%2BActa%2BII%2BPleno%2BJurisdiccional%2BSupremo%2Ben%2BMateria%2BLaboral.pdf?MOD=AJPERES>

15.- Tribunal Constitucional

2014. Expediente N° 0020-2012-PI/TC, Sentencia: 16 de abril del 2014, Consulta: 23 de septiembre del 2017

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00020-2012-AI.pdf>

16.- Velásquez Quesquén, Javier

2017. “Proyecto de Ley que promueve la aplicación del Principio de Igualdad entre Jueces y Fiscales Titulares y Provisionales”. Congreso de la Republica, Proyecto de Ley N° 1276/2016-CR, pág. 1-15. Consulta: 13 de mayo del 2017

http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0061820161111.pdf

