

**“LOS RETROCESOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA PÚBLICA CON LOS MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL”**

*ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES\**

**Sumario**

I. Introducción. II. El rol señero del Tribunal Constitucional en la creación de la jurisprudencia constitucional-laboral y de la seguridad social. III. Evaluación de las sentencias del TC en cuanto a la conversión de los procesos de amparo en procesos contencioso administrativos. 3.1. Entornos fundamentales del proceso de amparo. 3.2. Entornos fundamentales del proceso contencioso administrativo. IV. La homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del Poder Judicial: breve síntesis y situación actual. V. El reconocimiento del derecho a la homologación vía procesos de amparo y de cumplimiento antes del cambio de criterio del TC. VI. Retrocesos y cambios de puntos de vista del TC al declarar infundados los procesos de cumplimiento sobre homologación y disponer se tramiten en vía de proceso contencioso administrativo. 6.1. Las variaciones del TC en el tratamiento general de los procesos de cumplimiento. 6.2. Las variaciones del TC en el tratamiento de los procesos de cumplimiento en materia de homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública. VII. Evaluación, problemas y perspectivas de la aludida variación jurisprudencial. VIII. Reflexiones conclusivas. Referencias bibliográficas.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, al igual que el Derecho Constitucional y Procesal Constitucional han evolucionado hermanada o mancomunada y raudamente en estos últimos años, delimitando sus predios, compartiendo sus temores y debilidades, criticándose o autocriticándose, retro alimentándose y, con gran peso académico, aportando al desarrollo de las especialidades jurídicas involucradas, para beneplácito de todos sus cultores.

El tema de la homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria pública es políticamente espinoso y socialmente incuestionable porque ha sido incumplido durante más de dos décadas sin que nadie le de importancia, poniendo en tela de juicio la eficacia de todo el sistema normativo y de los instrumentos procesales que deben contener la arbitrariedad y los excesos u omisiones de la Administración. De allí que la aparición de estos reclamos en sede constitucional, en "in crescendo" cuantitativo y cualitativo, primero en la vía del amparo, luego en la del cumplimiento, últimamente ha sido objeto de una jugada maestra, al degradar las justas reivindicaciones del profesorado universitario en el terreno procesal, pasándolas de los procesos constitucionales a un proceso constitucionalizado como es el contencioso administrativo.

Tiene el TC múltiples razones de peso, técnico-jurídicas y de otra índole, para justificar su cambio de posiciones, éstas deben merecer otro tipo de análisis. Entendemos que también esta en juego una razón de carga procesal o estadística, ya que desde 1996 hasta lo que va del 2006 han ingresado por Mesa de Partes 5,330 procesos de cumplimiento y 27,545 procesos de amparo, de un total de 39,357 expedientes, y se ha emitido sentencia, en el mismo periodo, en 4,301 procesos de cumplimiento y 17,516 procesos de amparo, de un total de 30,897 expedientes; es decir, la carga procesal está compuesta en un 13.54 % y 69.98 % del total de expedientes ingresados y un 13.92 % y 56.69 % de expedientes sentenciados por procesos de cumplimiento y de amparo, respectivamente<sup>1</sup>. Lamentablemente, no pudimos tener acceso a las memorias anuales, ya que probablemente allí hubiéramos encontrado

\* Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo y Universidad Privada Antenor Orrego, y de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo.

<sup>1</sup> [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe), pág. de Estadísticas consultadas en el portal el 17.09.06. El cálculo es nuestro.

confirmada nuestra sospecha de que la mayoría de expedientes en ambos procesos corresponden a materia previsional y laboral.

El asunto se complica de manera natural porque hay una especie de hermandad o cercanía especial y visible entre los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento y el proceso contencioso administrativo. Probablemente por dicho motivo Priori Posada sostiene que debe tenerse presente el hecho que el proceso administrativo se presenta conjuntamente con los procesos constitucionales y con el proceso de cumplimiento, como las únicas vías procesales a través de las cuales se puede realizar un control de la actuación de la administración pública<sup>2</sup>.

En el contexto precitado, esta ponencia intenta sintetizar los avances doctrinales y jurisprudenciales que sirven de marco de referencia a la variación jurisprudencial respecto al trato de las demandas constitucionales de la docencia universitaria pública en materia de homologación de remuneraciones, detalla sucintamente los últimos cambios que se han producido en el TC en el tratamiento de los procesos de amparo y de cumplimiento. hace un enjuiciamiento crítico sobre el particular y trata de presentar unas reflexiones conclusivas preliminares.

## II. EL ROL SEÑERO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CREACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL – LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Según dispone el art. 201 de la Constitución peruana, el TC es el órgano de control de la Constitución. En vía de desarrollo el art. 1 de la Ley N° 28301, de 27.07.04 (Ley Orgánica del TC) prescribe que es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es más, la primera y segunda disposición transitoria prescriben que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad"; y que "Los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la

<sup>2</sup> PRIORI POSADA, Giovanni: "Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo", Tercera edición, Ara Editores, Lima, 2006, p. 85 a 86.

Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional". De ese modo, tal como señala Canosa para el caso de la justicia constitucional española, hay una conexión incuestionable e intensa entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria peruana, al punto que los jueces ordinarios son también jueces constitucionales en lo que se refiere al control difuso, ya que el control concentrado corre a cargo del TC (el proceso de amparo resulta ser la vía de conexión plena y acabada entre el TC y los tribunales ordinarios, ya que ambos órdenes jurisdiccionales comparten la tutela de los derechos fundamentales, pronunciándose primero la jurisdicción ordinaria y luego la constitucional).<sup>3</sup>

De lo dicho se deduce que el T C tiene una responsabilidad holística en cuanto al control de la constitucionalidad<sup>4</sup>, razón por la que se ve obligado a actuar en casi todas las ramas y especialidades del derecho. En el campo laboral y previsional su producción - con altos y ejemplares grados de responsabilidad académica y de profesionalismo en algunos casos, y con fallos controvertidos y/o desacertados en otros casos - podría decirse que es ubérrima, tanto en el régimen laboral de la actividad privada como en el régimen de la actividad pública, a tal punto que deja deslucido al Congreso de la República por su inoperancia, lentitud y a veces falta de recursos técnicos y políticos para dar respuesta a los grandes problemas y necesidades del Derecho del Trabajo y de los actores laborales.

La jurisprudencia constitucional especializada en materia laboral y previsional es abundante y de grandes contenidos. Abundante porque, en nuestro modesto entender, no hay especialidad jurídica en el país que haya dado lugar a sentencias tan extensas, explicativas y hasta pedagógicas. De grandes contenidos porque abordan problemas cruciales del Derecho del Trabajo y de

<sup>3</sup> CANOSA USERA, Raúl: "Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España", EN "Derecho Procesal Constitucional", Susana Castañeda, Coordinadora; Jurista Editores, E.I.R.L., Primera edición, Lima, marzo de 2003., pp. 87 a 132.

<sup>4</sup> En el fundamento 3 de la sentencia de 29.09.05 (Exp. N° 0168-2005-PC/TC, seguido por Maximiliano Villanueva Valverde contra la O.N.P., sobre procesos de cumplimiento, el Tribunal Constitucional ha sostenido: "La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y "lo constitucional" derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el T.C., a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no solo en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución". Vid.: Gaceta Jurídica: "Diálogo con la jurisprudencia", N° 88, enero 2006, año 11, p. 44.

la Seguridad Social, desarrollan nuevos enfoques y concepciones teóricas que ponen en entredicho a la legislación y la doctrina juslaboral, a tal punto que hasta han servido para dictar cátedra y avivar la polémica y las pasiones entre los especialistas y toda suerte de sectores involucrados con el mundo del trabajo.

Los ámbitos cubiertos son amplísimos, de modo que los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional no solo han desarrollado casi todos los principios del Derecho del Trabajo (norma más favorable, condición más beneficiosa, in dubio pro operario, irrenunciabilidad de derechos, primacía de la realidad, no discriminación, continuidad, etc.), sino los derechos inespecíficos laborales, los derechos fundamentales del trabajador, la contratación laboral en general y los contratos de servicios no personales en forma específica, el poder de dirección y el "ius variandi", la jornada de trabajo y sus entornos, la conceptualización de la remuneración y otros aspectos de la contraprestación, diversas causas de extinción del contrato de trabajo, como son la edad de jubilación, las causas justas y causas objetivas, la adecuada protección contra el despido arbitrario, los nuevos desarrollos sobre el despido arbitrario, nulo e indirecto, los alcances y contenidos del derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga, los derechos en materia de seguridad social, con especial y amplio tratamiento del derecho pensionario, tanto en el régimen del D.L. 19990 como en el del D.L. 20530, etc.<sup>5</sup>

### III. EVALUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA CONVERSIÓN DE LOS PROCESOS DE AMPARO EN PROCESOS CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVOS

#### 3.1 Entornos fundamentales del proceso de amparo

Después de la acción de inconstitucionalidad el proceso de amparo es uno de las más importantes y usados como garantía constitucional. Ha tenido gran protagonismo en el desarrollo del Derecho del Trabajo y el Derecho de la

<sup>5</sup> Vid, entre otros, ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: "Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional", primera edición, Lima, octubre 2004.

Seguridad Social, pero a su vez, el Derecho Constitucional ha recibido grandes influencias venidas de los predios trabajistas, de extraordinarias dimensiones y consecuencias.

En suma, tutela los derechos fundamentales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el habeas data. Abad Yupanqui, en breve comentario al artículo 200, inc. 2 de la Constitución<sup>6</sup>, sostiene que también tutela los derechos fundamentales que no están ubicados en el Cap. I de aquella y los derechos "implícitos" que no se encuentran expresamente reconocidos, pero que derivan de la dignidad del ser humano.

Uno de los cambios más notorios de su regulación está en el abandono del sistema alternativo y su reemplazo por el sistema residual o subsidiario. Esto es importante porque evita lo que hemos podido apreciar todos estos años: la "ordinarización del amparo", o, lo que es lo mismo, "la amparización inesperada de todo el ordenamiento jurídico", ya que el olvido de su naturaleza sumaria y urgente han propiciado una especie de incontinencia procesal<sup>7</sup>.

La "desamparización" vertiginosa del derecho ha venido no solo por obra y gracia del Código Procesal Constitucional, sino por vía de la jurisprudencia en la famosa sentencia de fecha 08.07.05, pronunciada por el TC en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC, más conocido como el "caso Anicama", donde se estableció que sus fundamentos 37, 54, 55, 56, 57 y 58 tenían carácter vinculante y que en síntesis se refieren a lo siguiente:

1.- Cuáles son los fundamentos o criterios sobre la procedibilidad o contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (dichos criterios son: las disposiciones legales que establecen requisitos para el libre acceso al sistema de seguridad social en la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al periodo de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones; cumplimiento de las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención del derecho a pensión al momento de presentarse la contingencia; por su estrecha relación con el derecho a la vida, forman parte del contenido esencial las pretensiones que buscan preservar el

derecho concreto a un mínimo vital; las pensiones de sobrevivencia no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, si se deniega su otorgamiento son susceptibles de protección a través del amparo; en la medida que el valor de la igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, en los casos que haya distinto tratamiento a pensionistas que se encuentran en situaciones idénticas o análogas, serán protegidos a través del proceso de amparo; para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto debe estar suficientemente acreditado; y, por último, las disposiciones sobre reajustes pensionarios y topes pensionarios máximos no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión y deben ventilarse en la vía judicial ordinaria).

2.- Las demandas declaradas improcedentes según el fundamento anterior serán remitidas al juez de origen y luego al juez contencioso administrativo para que admita la demanda y en aplicación del principio de suplencia otorgue un plazo razonable para la adecuación de la demanda según las reglas de la etapa postulatoria del PCA; si no hay adecuación se archivará el proceso.

3.- En aplicación del principio "pro actione", si es que en el expediente obra escrito en el que la administración contradiga la pretensión, el juez no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

4.- Los expedientes donde no sea posible verificar si la administración se ratificó o no en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el derecho fundamental a la pensión, no serán remitidos al juez contencioso administrativo porque en ellos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa, por lo que para presentar la demandada los interesados deberán agotar dicha vía previa.

5.- En aplicación del principio de favorecimiento del proceso, los jueces no podrán rechazar liminarmente la demanda por incertidumbre en el agotamiento de la vía previa, tampoco podrán hacerlo cuando tienen duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda.

6.- Como la administración o entidad donde prestó servicios el ex-trabajador tienen más acceso a los medios probatorios, no se puede desestimar la demanda por falta de aquellos, siendo obligación del juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes y, si estos no se presentan después de los apercibimientos del caso, deberá extraer sus propias conclusiones y aplicar el art. 282 del C.P.C.

6 GACETA JURIDICA-CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución Comentada". Tomo II. Obra Colectiva. Primera edición. Lima, 2005, pp. 1072 a 1079.

7 SAENZ DAVALOS, Luis: "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo", en obra colectiva de CASTAÑEDA OTSU, Susana, y otros: "Introducción a los procesos constitucionales" Comentarios al Código Procesal Constitucional. Temas de Derecho Procesal Constitucional 1. Primera edición. Jurista Editores EIRL, Lima, 2005, pp. 133 a 134.

Como se puede apreciar, esta sentencia es novedosísima y ha dado origen a grandes polémicas teóricas manifestadas en múltiples artículos publicados en diferentes libros y revistas, para beneplácito de los académicos, de los propios magistrados y de los operadores del derecho. A continuación, a guisa de ejemplo, glosaremos en síntesis algunos puntos de vista.

Abanto Revilla considera adecuado que la sentencia emitida en este caso resulte un paso trascendental para que el proceso de amparo recupere su carácter residual y se inicie una etapa de "desamparización" de las acciones previsionales, las mismas que deben pasar a la vía judicial ordinaria de lo contencioso administrativo; sin embargo, ve con ojos críticos los aspectos relativos al manejo de los procesos en trámite, ya que considera el TC ha cometido un error al crear un ordenamiento legal paralelo y excepcional en lo administrativo contencioso para dicha materia, exonerando de los requisitos de la vía previa y los plazos de caducidad y prescripción a los pensionistas, con la finalidad (política, no jurídica) de compensar en parte la restricción en el acceso de los mismos a la sede procesal constitucional del amparo.<sup>8</sup>

Luna Gálvez valora positivamente el esfuerzo emprendido por el TC al devolverle al amparo el carácter excepcional y residual que siempre debió tener, ello constituye un paso fundamental de cara al fortalecimiento de nuestro sistema de protección constitucional de derechos.<sup>9</sup>

Lama More, enjuiciando el caso Anicama Hernández, señala que el TC ya anteriormente ha aplicado algunas veces la técnica del cambio de orientación jurisprudencial para los hechos que se presenten con posterioridad. En su versión sajona, cita el TC, a tal técnica se le conoce como el "prospective overruling", es decir, que el cambio o variación jurisprudencial debe ser aplicado a los supuestos que se presenten en adelante y no a los actuales, regla que es sana y razonable según dicho autor. Sin embargo, el TC ha cambiado las reglas procesales de los procesos en trámite, y al variar los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia previsional, se ha producido de facto la modificación de la competencia que tenían los órganos jurisdiccionales al comienzo de dichos procesos, ello es grave y preocupante. El efecto de la sentencia será el inmediato y masivo desplazamiento de causas de los juzgados

8 ABANTO REVILLA, César: "El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión y la "desamparización" previsional", en: "Actualidad jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, agosto, 2005, pp. 246 a 249.

9 LUNA CEVANTES, Eduardo: "Avances de la jurisprudencia constitucional en la residualidad del amparo", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, Año 11, agosto, 2005, pp. 39 a 45.

y salas civiles de Lima y del TC a los juzgados contencioso-administrativos, con la consiguiente afectación de los demandantes y sobresaturación de procesos en los mencionados juzgados (según su cálculo, pasarían más de 5,000 expedientes a los cuatro juzgados contencioso-administrativos de la Corte Superior de Lima)<sup>10</sup>.

Ariano Deho, después de desarrollar la premisa del terremoto provocado por la sentencia del TC en este caso, da sus impresiones de procesalista señalando como "alarmante" que el TC considere que tiene "autonomía procesal", sus críticas procesales son profundas y consistentes, desarrolla el "revirement" del TC en materia pensionaria y su carácter de extraño "precedente", porque a su ver el fundamento 37 de la aludida sentencia no es un precedente, que el TC no tiene autonomía procesal y termina señalando que nadie puede ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley<sup>11</sup>.

### 3.2. Entornos fundamentales del proceso contencioso administrativo

En definición de Diez, discutida por Morón, el proceso contencioso administrativo (PCA) es el medio procesal instaurado para satisfacer, con intervención de un órgano judicial y aplicando principios de derecho administrativo, las pretensiones de los particulares afectados en sus derechos o intereses por la actuación administrativa del Estado<sup>12</sup>. Priori Posada lo conceptúa como el "medio a través del cual el Poder Judicial controla la constitucionalidad y la legalidad de la actuación administrativa (no cualquier actuación administrativa, sino solo aquellas que se encuentren sujetas al derecho administrativo) brindando, además, una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los administrados que pudieran haberse lesionado o que se hallen amenazadas por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal"<sup>13</sup>.

10 LAMA MORE, Héctor: "Los dramáticos efectos de una sentencia vinculante", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, agosto, 2005, pp. 46 a 49.

11 ARIANO DEHO, Eugenia: "¿Principio del "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional?", Algunas glosas a la sentencia del "caso Anicama", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 85, octubre, 2005, pp. 33 a 37.

12 Citado por MORON URBINA, Juan Carlos: "Derecho Procesal Administrativo", Primera edición, Página Blanca Editores, Lima, 1997, p. 347.

13 PRIORI POSADA, Giovanni: op. cit., p. 85.

El hito más importante dentro del desarrollo del PCA se encuentra en el art. 240 de la Constitución de 1979, y como no hubo ley de desarrollo constitucional fue el D.S. 037-90-TR el que reguló dicho proceso. Otro antecedente importante está contenido en el Código Procesal Civil de 1993, que lo reguló como "impugnación de acto o resolución administrativa". El avance fue sustancial, pero a decir de Priori Posada, tuvo dos problemas: a) regulaba dentro del proceso civil otro proceso de distinta naturaleza, y, b) El CPC, al momento de regular el PCA, dispuso en su art. 540 que la demanda tenía por finalidad se declare la invalidez o ineficacia de un acto administrativo, lo que llevó a pensar que en este proceso solo era posible un control de legalidad del acto como en el viejo sistema francés, y que la labor del P.J. se vería restringida a ello, sin que pudiera pronunciarse sobre el fondo de la decisión administrativa; esta interpretación la considera incorrecta porque la Constitución de 1993 consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el PCA no solo procura el control del acto administrativo, sino que debía brindar una tutela efectiva a las situaciones jurídicas de los particulares<sup>14</sup>.

Espinoza Saldaña ha señalado lúcidamente, luego de promulgado el Código Procesal Constitucional (Ley 28237), que una de sus probables repercusiones sería que muchos conflictos antes resueltos mediante la acción de amparo pasarían necesariamente a ser abordados previamente por otras vías, especialmente el PCA que sin ninguna duda sería una de las más utilizadas, a pesar de sus grandes limitaciones<sup>15</sup>.

El mismo Espinoza-Saldaña, a propósito de la comparación entre los procesos contencioso administrativos peruano y español, analiza con detalle la finalidad, pretensiones tuteladas, actuaciones impugnables, procedencia o improcedencia de las demandas con el agotamiento de la vía administrativa como requisito, requisitos especiales o adicionales de admisibilidad, vía procedimental, actividad probatoria, determinación de la carga de la prueba, medidas cautelares, sentencia, impugnación y ejecución, todo lo cual da una visión más amplia de los contornos y vía crucis de este tipo de reclamaciones procesales.<sup>16</sup> Finalmente, se promulgó la Ley N° 27584, de 07.12.01, sobre el PCA.

<sup>14</sup> Ibid., pp. 53 a 55.

<sup>15</sup> ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: "El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y en España al respecto", en "Temas actuales de Derecho Administrativo". Obra colectiva. Jorge Luis Collantes González y Javier Junceda Moreno (Coord.). EDITORA Normas Legales SAC, Trujillo, Perú, 2006, p. 300.

<sup>16</sup> Ibid., pp. 295 a 370.

Jorge Danós Ordóñez, al comentar el art. 148 de la Constitución, además de otras, precisa en nuestro concepto tres aspectos muy importantes:

a.- Que entre los dos grandes sistemas de control jurisdiccional de la administración pública ( el sistema no judicialista, especializado, ajeno a los órganos jurisdiccionales ordinarios, tal el caso del Consejo de Estado en Francia, y el sistema judicialista, que controla la administración desde dentro de la estructura del P.J.), el Perú ha optado por el segundo, de allí la existencia de jueces y salas especializadas en la materia;

b.- Que el PCA ha sido consagrado constitucionalmente en el art. 148 de la Carta Magna y cumple los siguientes objetivos: 1. Garantiza el equilibrio de poderes del Estado, ya que las decisiones administrativas pueden ser revisadas a pedido de los interesados en otro poder distinto y autónomo como es el P.J.; 2. Refuerza el principio de legalidad que fundamenta a la administración pública; 3. Consagra el derecho subjetivo de los particulares para cuestionar ante el P.J. las decisiones administrativas que les afecten, lo que constituye un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva frente a la administración, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos; 4. Establece una tácita reserva constitucional para que el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa se realice a través del procedimiento en estudio, a excepción de los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales que sirven también subsidiariamente para el control de las acciones administrativas; y, 5. Se proclama la universalidad del control, de modo que se impide al legislador aprobar normas que excluyan determinadas actuaciones administrativas del ámbito del citado proceso declarándolas exentas o inmunes a un eventual control constitucional.

c.- Enfatiza que el PCA es diferente de la naturaleza de los procesos constitucionales previstos en el art. 200 del texto constitucional, por las sgtes. Razones: 1. Su objeto directo no es el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, ni tampoco la sola protección de los derechos constitucionales, porque pueden cuestionar todo tipo de actuaciones administrativas por cualquier motivo de contrariedad al derecho, enjuiciando la inconstitucionalidad o la ilegalidad de las actuaciones administrativas impugnadas o demandar el reconocimiento de derechos incluso de origen legal no solo constitucional; 2. El PCA es un proceso ordinario, específico y preferente para el control jurídico de las decisiones administrativas, con posibilidad e actuar ampliamente los medios probatorios (en regla general el proceso contencioso administrativo se tramita por la vía del proceso abreviado y se le aplica supletoriamente el Código Procesal

Civil, solo cuando se formule como pretensión que el juez ordene a la administración pública el cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo previo o que enmiende su inercia cuando está obligado a realizar una actuación, se tramita por la vía del proceso sumarísimo), mientras que el proceso constitucional es un remedio extraordinario para la protección inmediata o urgente de los derechos amenazados o vulnerados, sometidos a plazos muy breves y carentes de etapa probatoria; 3. Finalmente, conforme al penúltimo párrafo del art. 200 de la Constitución, se ha establecido una reserva de ley orgánica para la regulación del trámite de los procesos constitucionales, requisito formal inexistente en el PCA que puede ser objeto de regulación por una ley ordinaria<sup>17</sup>.

Desde la perspectiva procesal, hay dos sentencias señeras que han trocado, por mandato del T.C., los procesos de amparo y de cumplimiento en procesos contencioso administrativos. Nos estamos refiriendo a los famosos casos Anicama Hernández y Villanueva Valverde, que ya hemos comentado ligeramente en los ítems N° 3.1. y 6.1.

#### IV. LA HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA PÚBLICA CON LAS DE LOS MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL: BREVE SÍNTESIS Y SITUACIÓN ACTUAL

El art. 53 de la Ley Universitaria N° 23733, de fecha 09.12.83, dispuso la homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del Poder Judicial; sin embargo, viene siendo incumplido desde hace 23 años. En vista de los pronunciamientos emitidos por el TC y la avalancha de reclamos constitucionales interpuestos por la docencia universitaria ante los órganos jurisdiccionales, fue dejado en suspenso por la Décima D. F. de la Ley N° 28427 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005 - dentro de la Ley Marco del Empleo Público N° 28175 y en tanto se implemente la Ley del Sistema de Remuneraciones del Empleo Público.

La jugada política del Gobierno de entonces no prosperó debido a la férrea resistencia y lucha gremial e institucional universitaria, por lo que su vigencia fue restituida por la Ley N° 28602, de fecha 10.09.05, que derogó la 10ª D.F. de la Ley

<sup>17</sup> GACETA JURIDICA-CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución comentada". Obra colectiva. Director Wálter Gutiérrez, Tomo II, Imprenta Editorial El Buzo, EIRL, Lima, 2005, pp. 702 a 709.

28427 y dispuso un Programa de Homologación Progresiva en un plazo de 60 días, a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas y la Asamblea Nacional de Rectores. El D.S. N° 121-2005-EF, de 16.09.05, dispuso la formulación del programa de homologación creándose una Comisión con dicho fin, compuesta por representantes de el MEF, la ANR y el Ministerio de Educación. Dicho programa debía contener los costos, forma de financiamiento, periodo de aplicación, requisitos para acogerse, evaluaciones de desempeño, verificación del cumplimiento de metas y otras medidas que sean necesarias para su mejor aplicación. Dentro del inicio del programa se dispuso se tomen en cuenta los incrementos dispuestos por el D.S. N° 106-2005-EF, de 27.08.05, que incrementó la asignación especial mensual de los docentes universitarios principales, asociados, auxiliares y jefes de práctica a dedicación exclusiva o tiempo completo en cantidades ínfimas.

El Decreto de Urgencia N° 033-2005, de fecha 21.12.05, estatuyó nuevas formas de aplicar la homologación y, en el año en curso se ha aprobado su reglamento por D.S. N° 019-2006-SF, de 17.02.06.

Respecto del proceso técnico, los contenidos de la homologación y los aspectos comparativos de las remuneraciones y otros conceptos aleatorios percibidos por la docencia universitaria pública y los magistrados del P.J. hemos publicado un artículo en una revista especializada<sup>18</sup>. En síntesis, somos del criterio que se debe homologar en serio dichas remuneraciones, no con la burla y los subterfugios con los que se viene haciendo en la actualidad, sino mediante un proceso técnico serio, justo y responsable, que debería tener en cuenta lo siguiente:

a.- Modificar el sistema salarial de los dos sectores profesionales involucrados teniendo en cuenta las modificaciones generales de las remuneraciones de todos los servidores de la administración pública mediante la dación con el carácter de urgencia de dos nuevas Leyes Generales, una sobre la Carrera Pública Administrativa y las Carreras Especializadas, y otra sobre las Remuneraciones del Sector Público, que incluyan a todas las carreras privativas o especializadas, respetando las especificidades de cada una y dentro de la cual la remuneración total permanente (RTP) debería desaparecer como categoría remunerativa por su frondosidad e inequidades, debiendo reemplazarse por una

<sup>18</sup> GONZALEZ NIEVES, Orlando: "La polémica homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del Poder Judicial en el Perú" (La desnaturalización política de un proceso técnico largamente postergado), en: "Iuris Lex Societas", Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Año I, Nro.1, Trujillo, Perú, marzo 2006, pp. 181 a 226.

“remuneración única” o un concepto similar, que incluya los conceptos “aleatorios” o “adicionales” a dicha RTP, porque presentan diferencias muy amplias o importantes;

b.- Estudiar con seriedad y regular a la mayor brevedad las que serían las auténticas “remuneraciones especiales”, entendiendo por estas a las sumas que se perciben no solo por el trabajo, en dinero o en especie y que son de libre disposición del trabajador, sino que se caracterizan porque están íntimamente vinculadas a las especiales condiciones en que se realiza el trabajo, condiciones que diferencian el contenido de la prestación de unos trabajadores frente a otros; tienen relación directa con la naturaleza intrínseca de la labor, razón por la que no pueden generalizarse o extenderse a otros trabajadores que no realizan las mismas actividades, aún cuando laboren dentro del propio sub-sector y estén indirectamente vinculados a las labores especiales de los titulares de aquellas; se deben abonar a todos aquellos que realizan idénticas labores; en regla general pueden tener la naturaleza de remuneraciones ordinarias, habituales o permanentes, pero también pueden ser por excepción periódicas; por su carácter de remuneración complementaria de la principal, no pueden tener naturaleza no salarial; y, por último, las remuneraciones especiales o complementarias no pueden ni deben ser en aproximativos, similares o mayores porcentajes que la remuneración principal, porque ello es antitécnico. Ninguna auténtica remuneración especial debe ser sometida al proceso técnico de homologación porque desvirtuaría su propio carácter y contenido intrínseco o esencial; y,

c.- Deben homologarse las remuneraciones periódicas (sin incluir en ellas las que son auténticas remuneraciones especiales de cada sector), como son los aguinaldos de fiestas patrias y navidad, la remuneración compensatoria por tiempo de servicios y la asignación por antigüedad.

## V. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA HOMOLOGACIÓN VÍA PROCESOS DE AMPARO Y DE CUMPLIMIENTO ANTES DEL CAMBIO DE CRITERIO DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC tiene múltiples pronunciamientos sobre el tema que nos ocupa, tanto en vía del proceso de amparo como en el proceso de cumplimiento. Veamos algunos de ellos:

1.- Exp. N° 256-2002-AA/TC. Sentencia del TC de 16.10.02, en los seguidos por don Juan Enrique Pestana Uribe contra la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, sobre acción de cumplimiento del art. 53 de la Ley

Universitaria, a fin de que se homologuen sus remuneraciones de docente universitario con las de un magistrado de su categoría. El Tercer Juzgado Civil de Huacho había declarado improcedente la demanda por sentencia del 05.11.01, señalando que la homologación alteraría el Presupuesto General de la República; la Sala Civil de la Corte Superior de Huaura, con fecha 16.01.02, confirmó la sentencia apelada.

El TC revocó el fallo de segunda instancia y declaró fundada la demanda, siendo sus argumentos más importantes en nuestro modo de ver los siguientes: a) La no homologación es un incumplimiento funcional que viola los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución; b) El pago de haberes es inexcusable si se tiene en cuenta el art. 109 de la Constitución que prescribe la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación.; c) El incumplimiento obstaculiza la consecución de los objetivos de la educación universitaria, ya que inhibe a los mejores profesionales de incorporarse a la tarea docente y desalienta a los que la ejercen en sus áreas de enseñanza, investigación y proyección social; d) Afecta el orden social y jurídico del país y al Estado de Derecho que se sustenta en la supremacía constitucional, por lo que en nuestro ordenamiento no existe precepto que pueda enervar el cumplimiento del pago de una remuneración a un docente universitario tal como lo dispone la Ley 23733; y, d) Según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretan en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la ley. Lo que si llamó la atención en dicha sentencia, por su incongruencia, es que el Tribunal señaló que la demandada si podía funcionalmente homologar las remuneraciones en uso de sus atribuciones y competencias, pero que eso era independiente de la autorización del pago o no de las mismas.

2.- Exp. N° 565-99-AC/TC. Sentencia del TC de 31.03.02, en los seguidos por don Mauro Concha Pérez, Rector de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, contra el Ministro de Economía y Finanzas, sobre acción de cumplimiento. Para que cumpla el art. 53 de la Ley Universitaria. El Cuarto Juzgado Civil del Cusco declaró improcedentes las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, de representación defectuosa del demandante y de caducidad, y fundada la demanda por sentencia de 31.08.98, pero la Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco la revocó y declaró improcedente por sentencia de 29.04.99.

El TC confirmó la recurrida considerando un mero argumento formal, sin entrar en ningún detalle sobre el fondo del asunto, ya que simplemente la rechazó porque el demandante no había cumplido con hacer el requerimiento notarial al Ministro de Economía, previsto en el art. 5, inc. c) de la Ley 26301, vigente en esa época, por tanto, no se había agotado la vía previa.

3.- Exp. N° 0784-2002-AC/TC. Sentencia del TC de 05.12.02, en los seguidos por don Félix Ortiz Castillo contra el Rector de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, sobre acción de cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733, ya que como Profesor Principal de la Facultad de Comunicación Social y de Idiomas, con más de 30 años de servicios no le pagaban lo que corresponde, recurriendo al fácil expediente de la insuficiencia presupuestaria. El Primer Juzgado Civil del Cusco, por sentencia de 17.09.01, declaró improcedente la demanda por considerar que no le correspondía al demandado, Rector de la referida Universidad, realizar la homologación, sino que es el Ministerio de Economía y Finanzas el encargado de dar cumplimiento a la obligación legal. La segunda instancia confirmó la apelada por los mismos fundamentos. El TC revocó la recurrida y declaró improcedentes las excepciones de caducidad, falta de legitimidad para obrar de la demandada y falta de agotamiento de la vía administrativa, fundada la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante y fundada la acción de cumplimiento.

4.- Exp. N° 1951-2003-AC/TC. Sentencia del TC de 23.04.04, en los seguidos por don José Artemio Olivares Escobar en sus condición de Rector, por derecho propio y en representación de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, contra el Ministerio de Economía y Finanzas, sobre acción de cumplimiento del art. 53 de la Ley Universitaria. El Segundo Juzgado Civil del Cusco, por sentencia de 25.02.03, declaró fundada la demanda por considerar la norma invocada como autoaplicativa. La Segunda Sala de la Corte Superior del Cusco, con fecha 19.05.03, revocó la apelada y declaró improcedente la acción de cumplimiento.

El TC declaró fundada la demanda entendiendo que ésta era a título personal y no en representación de los docentes de dicha Universidad, y volvió a reiterar los criterios establecidos en el caso Juan Enrique Pestana Uribe (Exp. N° 256-2002-AA/TC). Además, conforme a lo establecido en la sentencia recaída en el Exp. N° 784-2002, estipuló que la homologación debía hacerse según lo establecido por el Presupuesto General de la República y los lineamientos del D.U. N° 114-2001, que disponen el reconocimiento de gastos operativos a los

magistrados y fiscales del sistema judicial, al no tener estos carácter previsional o remunerativo, ni servir de base para el cálculo de ningún beneficio.

Hay que reconocer que los docentes y las autoridades de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco han sido los primeros en dar interesantes y persistentes batallas legales sobre la homologación.

## VI. RETROCESOS Y CAMBIOS DE PUNTOS DE VISTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL DECLARAR INFUNDADOS LOS PROCESOS DE CUMPLIMIENTO SOBRE HOMOLOGACIÓN Y DISPONER SE TRAMITEN VÍA EL PROCESO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

### 6.1. Las variaciones del Tribunal Constitucional en el tratamiento general de los procesos de cumplimiento

La polémica doctrinal sobre las evoluciones en la concepción del proceso de cumplimiento se ha desarrollado, en síntesis, más o menos del siguiente modo:

a.- El proceso de cumplimiento tiene por objeto garantizar que los particulares puedan defender sus derechos e intereses subjetivos consagrados en normas con rango de ley o en actos administrativos, como consecuencia de los incumplimientos en los que incurren respecto de aquellos ciertas autoridades o funcionarios públicos.

b.- Su introducción en sede constitucional en América Latina es novedosa, tiene que ver con la expansión de la justicia constitucional, pero no es un aporte del derecho constitucional latinoamericano al conjunto de instrumentos procesales constitucionales. Sus orígenes se remontan al siglo XVI, en el derecho inglés, cuando se forjó el "Writ of Mandamus" (proceso judicial cuyo objeto era obtener un mandato del Juez por virtud del cual se ordenaba que las autoridades cumplan con las obligaciones que imponen las leyes a los funcionarios), luego se expandió a los Estados Unidos ("Writ o prerogative orders of mandamus", referido a obligaciones no discrecionales de las autoridades) e irradió en parte de nuestro continente, como es Colombia ( art. 87 de la Constitución de 1991, también inspirada en el "writ of mandamus" norteamericano y en los mandatos de ejecución de algunas constituciones provinciales argentinas y que solo procede frente a omisiones que pudieran afectar derechos o intereses subjetivos de carácter legal y/o administrativo), parte de Argentina (tal como sostiene Bidart Campos, con acentuada influencia

norteamericana en su Derecho Público, algunas Constituciones provinciales, que siguen el modelo del "writ of mandamus" del derecho norteamericano, como Entre Ríos, Formosa, Santa Cruz, Jujuy, La Rioja, Río Negro, etc.) y Perú (algunos sostienen, que a pesar de la sorpresa de su aparición entre los constituyentes, sin razones ni propósitos claros, se puede aventurar que el modelo peruano no se inspiró en la acción de cumplimiento colombiana, sino en el remedio brasileño del "mandado de injuncao" previsto en el art. 5 de la fracción LXXI de la Constitución brasileña de 1988, que a su vez también tuvo influencias del "Writ of mandamus" a través del derecho lusitano). En parte del derecho europeo y también latinoamericano, similares pretensiones pueden hacerse valer no a través de un proceso especial y autónomo, sino en el contencioso administrativo, donde el administrado tiene la posibilidad de incoar tutela judicial ante omisiones de la ley por parte de la administración, es decir, promover una "pretensión de condena" frente a la inactividad administrativa, tal el caso de Alemania, España y Venezuela<sup>19</sup>.

c.- Su consagración constitucional en el Perú, por primera vez a partir de la Carta Magna de 1993, no parece haber sido un acto conciente de los constituyentes. Domingo García Belaúnde, citado por Carpio Marcos y Velezmore Pinto en su comentario a la acción de cumplimiento contenida en el inc. 6 del art. 200 de la Constitución, detalla que hubo ausencia de propuestas y debates durante la redacción de todos los borradores de normas al interior de la Comisión de Constitución del denominado Congreso Constituyente Democrático, su introducción se realizó en forma casi clandestina<sup>20</sup>. Al parecer, según sostienen dichos autores, el espíritu del constituyente fue introducir una garantía para la efectividad de las leyes en nuestro país, sin atender su naturaleza jurídica ni las consecuencias de su consagración en el marco del texto constitucional.

d.- El debate doctrinal desarrollado a propósito de la elaboración y redacción del Código Procesal Constitucional, promulgado por Ley N° 28237, de 07.05.04, en cuanto a su introducción como acción de garantía constitucional no ha sido pacífico en el ámbito teórico-jurisprudencial y se ha centrado, entre otros aspectos, en su naturaleza jurídica, que de paso conlleva su teleología: ¿es un

19 CARPIO MARCOS, Edgar: "La acción de cumplimiento", en "Derecho Procesal Constitucional", Obra Colectiva, Susana Castañeda Otsu (Coord.), Primera edición, Jurista Editores, Lima, 2003, pp. 425 a 444.

20 GACETA JURÍDICA-CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución Comentada", Obra Colectiva. Director Walter Gutiérrez, Tomo II. Primera edición, Imprenta editorial "El Buzo" EIRL, Lima, 2005, pp. 1104 y 1105. Vid también CARPIO MARCOS, Edgar: op. cit., p. 444.

proceso constitucional o se trata de un proceso administrativo que se ha constitucionalizado, digamos por desconocimiento o error de apreciación.?

e.- Para algunos autores su introducción en sede constitucional ha sido innecesaria, pues su objeto está cubierto por el proceso de amparo, que protege derechos constitucionales en los casos de violación o amenaza de violación de aquellos por acción u omisión de autoridades, funcionarios públicos o particulares<sup>21</sup>. Carpio Marcos y Velezmore Pinto sostienen que en rigor no es un proceso constitucional porque se refiere a la renuencia para acatar una ley o acto administrativo, no alude a la protección de derecho constitucional alguno, como si lo hacen el habeas corpus, amparo y habeas data, tampoco busca proteger jerarquía normativa ni mucho menos la supremacía constitucional sobre las normas legales y de estas sobre las de rango inferior. Controla la omisión al mandato contenido en una ley o un acto administrativo, lo que se traduce en una violación de su eficacia, cuya resolución siempre se ha considerado como un tema propio del Derecho Administrativo o del Derecho Procesal Administrativo. Siguiendo a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que la eficacia de una norma legal o un acto administrativo es ámbito propio del Derecho Administrativo, por cuanto el régimen jurídico de las leyes y de los actos administrativos son tutelados por las normas de aquel. El hecho de que ha sido consagrado constitucionalmente solo reafirma la tesis de que se trata de un proceso "constitucionalizado", al igual que el contencioso administrativo contenido en el art. 148 de la Constitución<sup>22</sup>.

Mesía Ramírez también sostiene que no se trata de un proceso constitucional, sino constitucionalizado, porque en lo fundamental no resuelve conflictos que tratan de materia constitucional, sino de derechos legales y de orden administrativo<sup>23</sup>.

f.- Otro sector doctrinal considera al proceso de cumplimiento como una garantía constitucional. Dentro de éste destaca la posición de Landa Arroyo, actual magistrado del Tribunal Constitucional, para quien se trata de una garantía constitucional que actúa para tutelar dos derechos constitucionales objetivos: 1) La constitucionalidad de los actos legislativos, y, 2) La legalidad de los actos

21 ABAD, Samuel: "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)", en "Ius et Veritas", Año VII, N° 7, Lima, 1993, p. 7.

22 GACETA JURÍDICA - CONGRESO DE LA REPUBLICA: Op. cit., pp. 1105 1106.

23 MESIA RAMIREZ, Carlos: "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 412 y sgtes.

administrativos. En síntesis, estima dicho autor que se trata de un "nuevo derecho fundamental" que propicia el Estado de Derecho vía la eficacia del sistema de fuentes del derecho, ya que si bien es cierto el cumplimiento de los mandatos legales y administrativos es una obligación jurídica concreta de las autoridades y funcionarios estatales, también es cierto que se convierte ahora en un derecho subjetivo/objetivo de los ciudadanos, el mismo que al excitar al órgano jurisdiccional inmerso en la justicia constitucional vía demanda formal de cumplimiento, compele a cumplir las normas legales y los actos administrativos que correspondan a las autoridades y/o funcionarios públicos infractores<sup>24</sup>.

g.- También hay autores que si bien hacen enjuiciamientos interesantes e ilustrados sobre el tema, al final adoptan una posición al parecer de conciliación o de indefinición entre ambos extremos. Tal el caso de Castillo Córdova, ubicado en una posición intermedia, quien sostiene no se trata de una garantía de derechos constitucionales sino más bien de una garantía constitucional, ya que solo en forma indirecta está llamada a proteger derechos constitucionales en la medida que la omisión que pretende evitar está amenazando o violando efectivamente algún derecho reconocido en el texto constitucional<sup>25</sup>. Sin embargo, el mismo autor, en otro artículo, analizando la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC, estima desafortunado y un verdadero despropósito el criterio jurisprudencial del TC, porque ha olvidado que el proceso de cumplimiento es un proceso constitucionalizado que no admite ser tratado - al menos procesalmente - como un proceso constitucional. Según su parecer, en lugar de corregir el error en que ha incurrido el legislador, lo ha afianzado, esto es tan grave como considerar que el PCA es un proceso constitucional al estar reconocido en el art. 148 de la Constitución, e intentar regularlo de manera semejante al amparo, olvidándose de su carácter de proceso constitucionalizado<sup>26</sup>.

24 LANDA ARROYO, César: "Teoría del Derecho Procesal Constitucional". Palestra, Lima, 2003, pp. 141 y sgtes. Vid. También la posición discrepante de CARPIO MARCOS, Edgar: op. cit., pp. 450 a 458, para quien el tema de la constitucionalidad de los actos legislativos y la legalidad de los actos administrativos no constituyen en realidad derechos subjetivos de carácter constitucional que puedan titularizar los individuos, pues se trata de principios que rigen la ordenación del sistema de fuentes formales del Derecho Constitucional por un lado, y la adecuación de la actuación administrativa al principio de legalidad por otro; sostiene es dudoso que el tema de la eficacia de las leyes o los actos administrativos puedan configurar derechos subjetivos y que el proceso de cumplimiento pueda estar destinado a preservarlos y descarta con energía su configuración como proceso constitucional, y como no protege derechos fundamentales en forma específica tiene la condición de proceso administrativo.

25 CASTILLO CORDOVA, Luis: "Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales", Ara Editores, Lima, 2003, pp. 269 y sgtes.

26 CASTILLO CORDOVA, Luis: "El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional", en "Actualidad Jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 145, diciembre, 2005, pp. 129 a 133.

Castro Pozo Chávez, por su parte, considerando el criterio del TC de que la eficiencia de las normas legales y de los actos administrativos es un derecho constitucional circunscrito a la cláusula abierta del art. 3 de la Constitución, indica que bien podría darse la duplicidad o el planteo paralelo de un proceso de cumplimiento y otro de amparo a tenor de lo dispuesto en el art. 37, inc. 25 del C.P.Const., lo que no solo constituiría un abuso de derecho por parte de algún demandante malicioso, sino que podría generar fallos contradictorios y hasta ser objeto de excepciones de litispendencia. Por tanto, sugiere que el TC disponga que el fundamento 9 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2006-PC/TC, de 29.09.05, (referido al uso de este tipo de proceso cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o cuando se trate de casos sobre la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos), también se constituya en un precedente vinculante para que se aclare el derecho de defender la eficacia de las normas legales y los actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento, y, al parecer, frente a la política de los hechos consumados, concluye que se deben tomar medidas presupuestales y de organización para el mejor funcionamiento de los juzgados y salas contencioso-administrativas<sup>27</sup>.

El amplio debate doctrinal precedente, del cual solo hemos presentado unas simples pinceladas desde fuera de la especialidad, obviamente ha influido en la producción jurisdiccional constitucional; a su vez, ésta última ha re-provocado y hecho más sustanciosos los debates teóricos, dándoles otros horizontes. De ese modo, se podría decir, en síntesis, que en la evolución del tratamiento jurisprudencial constitucional del proceso de cumplimiento, se debe tener en cuenta este ítem:

a.- En la sentencia recaída en los seguidos por don Juan Fidel Ruiz Palaza y otros, contra la Municipalidad Provincial de Ica y la Empresa Municipal de Agua Potable de Ica - EPS EMAPICA-SA, sobre acción de cumplimiento (Exp. N° 00583-2002-AC/TC)<sup>28</sup>, el TC señaló que "el propósito de la acción de cumplimiento es buscar la efectividad de la ley, para los casos concretos y particulares en que cualquier persona se sienta afectada en sus derechos por la conducta omisiva de la autoridad o funcionario". De ese modo, no le otorgó categoría constitucional.

27 CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando: "Las condiciones de la procedencia del proceso de cumplimiento", en "Diálogo con la jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 88, enero, 2006, año 11, pp. 43 a 52.

28 Sentencia del T.C. de 16.10.02, en [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

b.- En la sentencia recaída en los seguidos por la Asociación Nacional de ex - servidores del IPSS contra Essalud, sobre acción de cumplimiento (Exp. N° 00191-2003-AC/TC), para que se acaten las Resoluciones Ministeriales que aprobaron las políticas remunerativa y de bonificaciones del ex - IPSS, se ordene la nivelación y el pago de los correspondientes reintegros, el TC, en el fundamento 5 estableció que la acción de cumplimiento busca proteger derechos legítimos de los administrados que se derivan de la inacción de los órganos de la administración pública y que el TC denomina "inactividad material de la administración" (no en los casos de inactividad formal, que tiene su instrumento natural de control en la técnica del silencio administrativo negativo, cuyos efectos procesales tienen el propósito de no dejar en indefensión al administrado accionante o impugnante), a continuación, en el fundamento 6 razonó que para en este tipo de proceso se de una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características: a) Debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento; b) Que sea incondicional (y tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; c) Que se trate de un mandato cierto y líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitadamente de la ley o del acto administrativo que lo contiene; y, d) Que se encuentre vigente<sup>29</sup>.

c.- En la sentencia recaída en el Exp N° 00168-2005-PC/TC, seguido por don Maximiliano Villanueva Valverde contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre proceso de cumplimiento, el TC en sus fundamentos 15, 23 y 25 se autocritica de sus criterios bastante flexibles y amplios en la solución de este tipo de procesos, los cuales no son adecuados para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas, o de normas legales superpuestas o que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja propia de vías procedimentales específicas, (pone como ejemplo el fundamento 10 del Exp. N° 0198-2003-AC/TC, que en realidad es la síntesis evolutiva legal de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la Ley 23908, de pensión mínima en el D.L. 19990), señalando que es indispensable que para el futuro se aplique estrictamente los requisitos mínimos comunes a fin de no desnaturalizar su carácter breve, eficaz y expeditivo. A continuación, en el fundamento 14 (que tiene, junto con los fundamentos 15 y 16, el carácter de precedente vinculante), establece que los

29 Sentencia del T.C. de 06.09.03, en [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

requisitos mínimos comunes para el proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, son los siguientes: a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o el acto administrativo; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) Ser incondicional (o si es condicional, cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria; f) Adicionalmente, para el caso de cumplimiento de los actos administrativos, en aquellos se deberá reconocer un derecho incuestionable del reclamante; y, g) Permitir individualizar al beneficiario<sup>30</sup>. Por razones de espacio no nos detenemos en ello, pero Castro Pozo Chávez hace una explicación interesante de los requisitos precitados<sup>31</sup>.

De ese modo, el TC ha dispuesto que todas las demandas que no reúnan esos requisitos deberán declararse improcedentes y, tal como se estableció en el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC, sentencia de 12.07.05), aplicando similares criterios, deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la Administración Pública sobre materia pensionaria, que será el proceso contencioso administrativo a través de la vía sumarísima.

## 6.2. Las variaciones del Tribunal Constitucional en el tratamiento de los procesos de cumplimiento en materia de homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública

Como se ha podido observar en el ítem 5, el TC sostenía hasta hace poco tiempo que eran procedentes las acciones de garantía en defensa de la homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria. Sin embargo, como consecuencia de los contenidos de las sentencias recaídas en los Exps. N° 1417-2005-AA/TC ("caso Anicama") y 168-2005-PC/TC ("caso Villanueva"), varió radicalmente su posición y comenzó a declarar improcedentes todos los reclamos sobre homologación interpuestos como procesos de cumplimiento.

Tal sucedió, a guisa de ejemplos simplemente enunciativos con los siguientes casos: Exps. N° 7468-2005-PC/TC (sentencia de 09.01.06, en los seguidos por don

30 Sentencia del T.C., de 29.09.05, en [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

31 CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando: op. Cit., pp. 49 a 52.

Euler Navarro Pinedo contra la Universidad Nacional de San Martín -UNSM-Tarapoto), 9273-2005-PC/TC (sentencia de 01.02.06, en los seguidos por don Jorge Fernando Aliaga Patiño contra la Universidad Nacional del Centro del Perú - Junín), 5938-2005-PC/TC (sentencia de 02.02.06, en los seguidos por don Víctor Manuel Noriega Reátegui contra la UNSM), y 4321-2005-PC/TC (sentencia de 02.02.06, en los seguidos por doña Marina Victoria Huamantumba de Silva contra la UNSM).

En todos ellos se argumentó en esencia lo siguiente: a) Que las demandas versaban sobre el cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733 sobre homologación de remuneraciones, el reintegro de los devengados más los intereses de ley y el pago de una indemnización por daños y perjuicios; b) Que, el Colegiado, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC, de 29.09.05, ha precisado con carácter vinculante en sus fundamentos 14, 15 y 16, los requisitos mínimos que debe tener el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del PC, c) Que no es posible recurrir a estas vías para resolver controversias complejas, por lo que el asunto controvertido debe remitirse al juzgado de origen para que proceda conforme a las reglas precisadas en los fundamentos vinculantes y se diluciden como PCA.

Con posterioridad, en el Exp. N° 0016-2005-PI/TC, seguido por más de 5,000 ciudadanos, sobre acción de inconstitucionalidad de la 10ª D.T. de la Ley de Presupuesto de la República del 2005, N° 28427, se emitió sentencia el 06.03.06 declarando improcedente la demanda por haber sobrevenido sustracción de la materia, ya que el suspendido art. 53 de la Ley Universitaria fue restituido por la Ley 28603; además, luego de mencionar en su fundamento 10 las peticiones de la FENDUP respecto de 19 demandas de cumplimiento residentadas a través de cada base universitaria pero tramitadas en Lima, que involucran a unos 8,000 docentes, ha declarado también improcedente el petitorio de que se expida una sentencia exhortativa para que los jueces resuelvan los procesos de cumplimiento, toda vez que estima el TC no puede pronunciarse exhortativamente en un asunto indirecto, esto es, en PC cuando nos encontramos frente a una acción de inconstitucionalidad.

Todo lo anterior demuestra que el TC ha dado un giro de 180 grados en su percepción del problema. Según sostiene Eto Cruz en opinión que compartimos, estos pronunciamientos generan en la docencia sentimientos de incredulidad, impotencia y postergación de sus justos reclamos, ya que no se trata de una controversia compleja, sino más bien clara y sin ambigüedades, de modo que el TC acaba de convertir el art. 53 de la Ley Universitaria en un derecho iluso que

simplemente queda sobre el papel por varios años más, sin que exista conciencia de que no solo estamos frente a un problema jurídico, sino de política gubernamental<sup>32</sup>.

## VII. EVALUACIÓN, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS DE LA ALUDIDA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL

En principio, debemos tener presente que la homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública está en el papel (art. 53 de la Ley 23733) desde hace más de veinte años y todos los Gobiernos de turno se han burlado de ella, demostrando que el Estado de Derecho en parte es solo una declaración lírica, porque estos hechos demuestran que existe total indefensión frente a los responsables de la administración pública y funcionarios del Estado obligados a cumplir los mandatos claros y terminantes de la Constitución y la Ley.

El TC, obligado a hacer cumplir el ordenamiento jurídico en el más profundo de los sentidos, ha demostrado tener una posición vacilante y poco convincente frente a este problema, ya que primero aceptó tímidamente la validez de las acciones de amparo para cautelar el derecho de la docencia a la homologación. Luego cambio de criterio y pasó a parapetarse en el reducto del proceso de cumplimiento, por obra y gracia de la desesperación de los actores universitarios. A continuación, siguió retrocediendo y resolvió que no era el PC el idóneo para este tipo de reclamaciones, sino el PCA. Sin embargo, hay que reconocer que, aún cuando se pueda estar en desacuerdo con su producción jurisprudencial, tiene fundamentos jurídicos que los amantes del derecho estamos obligados a trabajar y profundizar críticamente.

El PCA también generará grandes problemas en el cumplimiento del derecho postergado, toda vez que los Consejos Universitarios como órganos de gobierno de muchas Universidades ya tienen aprobada en acuerdos unánimes, aunque sea líricos, la homologación de remuneraciones desde hace cerca de dos años en promedio, de modo que nadie ha impugnado dichas resoluciones, no hay ningún asunto litigioso al interior de la Universidad, está en entredicho el oscuro asunto, en este caso concreto, de la caducidad y, en regla general, de la aplicabilidad del

32 ETO CRUZ, Gerardo: "Cambio de rumbo en el TC: de los procesos de cumplimiento a los procesos contencioso administrativos" (algunas consideraciones críticas en torno al problema de la homologación de haberes de los docentes universitarios), en: "Palestra del Tribunal Constitucional", Revista mensual de Jurisprudencia. Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 496 a 528.

PCA en su conjunto. El problema parece tan complejo que no hay soluciones procesales inmediatas a la vista. El TC, dudamos si queriéndolo o no, le ha dado un golpe bajo a la Alma Mater de cada uno de sus integrantes, en una especie de lucha fratricida de los académicos contra los académicos.

## VIII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Primera.- Las interrelaciones entre el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Constitucional y Procesal Constitucional son intensas y ubérrimas, al punto que han logrado, en mutua y productiva exigencia, desarrollar largamente, junto a otras disciplinas, la temática constitucional específica referida a los procesos de amparo y de cumplimiento, así como el art. 148 de la Constitución que regula el procedimiento contencioso administrativo.

Segunda.- La nueva concepción del Código Procesal Constitucional sobre el PA, de abandono del sistema alternativo y su sustitución por el sistema residual, ha dado paso a un proceso de "desordinarización" o "desamparización del ordenamiento jurídico", sobre todo en materia laboral y previsional. El remedio a esa especie de "incontinencia procesal constitucional" que se venía produciendo en el TC, está cediendo paulatino espacio a otra nueva especie de "incontinencia contencioso administrativa" dentro del Poder Judicial. Ello implica también un enriquecimiento del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo.

Tercera.- La sentencia del "Caso Anicama" (Exp. N° 1417-2005-AA/TC) no sólo ha desarrollado nuevos criterios (cuestionados a veces como políticos y no jurídicos) sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sino que ha instaurado nuevas y polémicas reglas sobre cambios de oficio de las competencias de los jueces constitucionales a los jueces contencioso administrativos como si existiera de por medio una especie de "autonomía procesal", en base a los principios de suplencia, "pro actione" y favorecimiento del proceso, sin exigencia del agotamiento de la vía previa administrativa en algunos casos, exoneración de los plazos de prescripción y de caducidad, impedimento de rechazar las demandas liminarmente, traslado de la carga de la prueba a los demandados y aplicación de presunciones razonadas si no hay espíritu de colaboración en sus actuaciones.

Cuarta.- El proceso contencioso administrativo se ha independizado totalmente de su primigenia regulación en el Código Procesal Civil por su distinta naturaleza. El TC le ha dado nuevos contornos interpretativos a la

Constitución y a la Ley 27584 que lo regula con lujo de detalles, con nuevos enfoques del derecho a una tutela judicial efectiva frente a la administración.

Quinta.- La homologación de remuneraciones de la docencia universitaria con los magistrados del Poder Judicial, contenida en el art. 53 de la Ley 23733, es un derecho incuestionable postergado impunemente por más de dos décadas, ha tenido marchas y contramarchas. Luego de los avances logrados en la vía procesal constitucional con los pronunciamientos favorables del TC en materia de amparo, se cambió de giro y se pasó a reconocerla vía la el proceso de cumplimiento. Luego vino otro retroceso y se las deslizó de la vía constitucional a la vía ordinaria de lo contencioso administrativo.

Sexta.- El proceso de cumplimiento no fue introducido convenientemente dentro de la Constitución de 1993. La elaboración y redacción del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) propició el desarrollo de una doctrina no pacífica respecto de su naturaleza jurídica y si es o no un proceso constitucional. A pesar de que la mayoría sostiene que no, que solo es un proceso constitucionalizado, a fin de cuentas lo aceptan en tanto en cuanto no se reforme la Constitución, tanto más cuando el TC ha hecho mayores desarrollos al sentenciar en el Exp. N° 168-2005-PC/TC estableciendo los requisitos mínimos para dictaminar sobre su procedencia, disponiendo que todas las demandas que no reúnan esos requisitos serán declaradas improcedentes y empleando criterios similares a los del "Caso Anicama" deberán tramitarse en la vía sumarísima del PCA.

Sétima.- Por último, los procesos de cumplimiento en materia de homologación de remuneraciones de la docencia universitaria primero fueron declarados fundados por el TC, pero a partir del 2006 dicho órgano varió sustancialmente de criterio y ha comenzado a declarar improcedentes todas las demandas considerando que no se cumplen los requisitos mínimos y son controversias complejas, generando en los interesados mayores frustraciones e impotencias.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAD, Samuel: "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)", en "Ius et Veritas", Año VII, N° 7, Lima, 1993.
- ABANTO REVILLA, César: "El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión y la "desamparización" previsional", en: "Actualidad jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, agosto, 2005.

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: "Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional", primera edición, Lima, octubre 2004.
- ARIANO DEHO, Eugenia: ¿Principio del "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional?". Algunas glosas a la sentencia del "caso Anicama", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 85, octubre, 2005.
- CANOSA USERA, Raúl: "Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España", EN "Derecho Procesal Constitucional", Susana Castañeda, Coordinadora; Jurista Editores, E.I.R.L., Primera edición, Lima, marzo de 2003.
- CARPIO MARCOS, Edgar: "La acción de cumplimiento", en "Derecho Procesal Constitucional", Obra Colectiva, Susana Castañeda Otsu (Coord.), Primera edición, Jurista Editores, Lima, 2003
- CASTILLO CORDOVA, Luis: "Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales", Ara Editores, Lima, 2003.
- CASTILLO CORDOVA, Luis: "El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional", en "Actualidad Jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 145, diciembre, 2005.
- CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando: "Las condiciones de la procedencia del proceso de cumplimiento", en "Diálogo con la jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 88, enero, 2006, año 11.
- ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: "El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y en España al respecto", en "Temas actuales de Derecho Administrativo". Obra colectiva. Jorge Luis Collantes González y Javier Junceda Moreno (Coord.). EDITORA Normas Legales SAC, Trujillo, Perú, 2006
- ETO CRUZ, Gerardo: "Cambio de rumbo en el TC: de los procesos de cumplimiento a los procesos contencioso administrativos" (algunas consideraciones críticas en torno al problema de la homologación de haberes de los docentes universitarios), en: "Palestra del Tribunal Constitucional", Revista mensual de Jurisprudencia. Palestra Editores, Lima, 2006.
- GACETA JURIDICA-CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución Comentada". Tomo II. Obra Colectiva. Primera edición. Lima, 2005.
- GONZALEZ NIEVES, Orlando: "La polémica homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del

- Poder Judicial en el Perú" (La desnaturalización política de un proceso técnico largamente postergado), en: "Iuris Lex Societas", Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Año I, Nro.1, Trujillo, Perú, marzo 2006.
- LAMA MORE, Héctor: "Los dramáticos efectos de una sentencia vinculante", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, agosto, 2005.
- LANDA ARROYO, César: "Teoría del Derecho Procesal Constitucional". Palestra, Lima, 2003
- LUNA CEVANTES, Eduardo: "Avances de la jurisprudencia constitucional en la residualidad del amparo", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, Año 11, agosto, 2005.
- MESIA RAMIREZ, Carlos: "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- MORON URBINA, Juan Carlos: "Derecho Procesal Administrativo", Primera edición, Página Blanca Editores, Lima, 1997.
- PRIORI POSADA, Giovanni: "Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo", Tercera edición, Ara Editores, Lima, 2006.
- SAENZ DAVALOS, Luis: "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional" en obra colectiva de CASTAÑEDA OTSU, Susana, y otros: "Introducción a los procesos constitucionales" Comentarios al Código Procesal Constitucional. Temas de Derecho Procesal Constitucional 1. Primera edición. Jurista Editores EIRL, Lima, 2005.