# UN PRECEDENTE CONSTITUCIONAL INVINCULANTE

## A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO DE URGENCIA Nº 037-94

**Waldo Núñez Molina** (*)

## 1.- INTRODUCCIÓN[1]

De los contados precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional con arreglo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[2] (es decir aquellas que son de observancia obligatoria y que solo es factible apartarse de las mismas con una debida motivación) merece particular reflexión la sentencia signada con el número 2616-2004, puesto que en este caso el precedente ha generado más problemas que soluciones interpretativas. Estamos pues frente a un caso emblemático, en el cual pese a la existencia de un precedente vinculante, los fallos del propio Tribunal Constitucional y del Poder judicial, tienen resultados contradictorios (casos idénticos que son declarados fundados o infundados), y curiosamente siempre citan como base el precedente. Ha esta categoría nefasta, que socava el estado de derecho, le he denominado "precedente invinculante".

**EXP. N.º 2616-2004-AC /TC**

**AMAZONAS**

**AMADO NELSON**

**SANTILLAN TUESTA**

(*)Abogado, Maestro en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho. Con estudios USMP, UNFV y UNED de España. Postgrados en Derecho en las Universidades de Salamanca y Buenos Aires, Postítulo en la PUCP. Diplomado mult. Profesor del Doctorado en Derecho de la UNFV. Ex Fiscal Adjunto Provincial Titular de Familia del Callao. Actual Fiscal Provincial Civil Titular de Lima. waldonunezmolina@yahoo.es

[1] Este artículo, con alguna modificación, fue publicado en la revista RAE Jurisprudencia, Tomo 17, noviembre, 2009, p. 355 y ss.

[2] Artículo VII.- "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente."

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de setiembre de 2005, el pleno del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Amado Nelson Santillán Tuesta contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, de fojas 120, su fecha 14 de junio de 2004, que declara infundada la acción de cumplimiento de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 5 de enero de 2004, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra el Director Regional de Educación del Consejo Transitorio de Administración Regional de Amazonas, solicitando el cumplimiento de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 118-2003-GGR, de fecha 8 de setiembre de 2003, mediante la cual se establecen los criterios de aplicación y ejecución del pago de la bonificación dispuesta por el Decreto de Urgencia N.º 037-94.

La Dirección Regional de Educación de Amazonas y el Procurador Público del Gobierno Regional de Amazonas contestan la demanda en forma individual, alegando que el demandante ha venido percibiendo los aumentos del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, y que, de conformidad con el artículo 7º, inciso d), del Decreto de Urgencia N.º 037-94, no le corresponde la bonificación prevista en el citado decreto de urgencia.

El Juzgado Mixto de Chachapoyas, con fecha 26 de enero de 2004, declara fundada la demanda, por considerar que la resolución cuyo cumplimiento se solicita, ha quedado firme, conservando su eficacia al no haberse declarado su invalidez en un proceso contencioso-administrativo.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda argumentando que al demandante no le corresponde la bonificación concedida por el Decreto de Urgencia N.º 037-94, toda vez que su artículo 7º, inciso d), excluye a los servidores que vienen percibiendo la bonificación establecida por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM.

### FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se otorgue la bonificación prevista en el Decreto de Urgencia 037-94. Este Tribunal ha venido pronunciándose al respecto, teniendo en cuenta diversos criterios que en función de cada caso concreto, sin embargo, han creado confusión, tanto a los operadores de justicia como a los justiciables; por lo tanto, es conveniente unificar las

consideraciones y emitir un pronunciamiento que permita esclarecer el tema.

**& Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en relación con el Decreto de Urgencia 037-94**

2. En un momento, el Tribunal Constitucional consideró que el Decreto de Urgencia 037-94 no podía ser aplicado a ningún servidor administrativo activo o cesante que ya percibía el aumento señalado en el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, conforme lo establece el propio Decreto de Urgencia N.º 037-94, en su artículo 7º, tal como se expuso en la sentencia recaída en el expediente N.º 3654-2004-AA/TC.

3. Posteriormente, el Tribunal estimó que sólo debían ser favorecidos con la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 aquellos servidores que hubieran alcanzado el nivel directivo o jefatural de la Escala N.º 11 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, puesto que esta era la condición de la propia norma para no colisionar con la bonificación dispuesta por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, criterio establecido en la sentencia recaída en el expediente N.º 3149-2003-AA/TC.

4. El último criterio responde a una interpretación más favorable al trabajador, pues se estimó que debido a que los montos de la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 son superiores a los fijados por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, correspondía que sea la bonificación mayor y más beneficiosa la que se otorgue a todos los servidores públicos, incluyéndose a aquellos que venían percibiendo la bonificación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, disponiéndose al efecto que se proceda a descontar el monto otorgado por la aplicación de la norma mencionada, tal como se ordenó en la sentencia N.º 3542-2004-AA/TC.

**& Ámbito de aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y del Decreto de Urgencia N.º 037-94**

5. El Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, publicado el 30 de marzo de 1994, en su artículo 1º, establece "(…) que a partir del 1 de abril de 1994 se otorgará una bonificación especial a los profesionales de la salud y docentes de la carrera del Magisterio Nacional de la Administración Publica, así como a los trabajadores asistenciales y administrativos de los Ministerios de Salud y Educación y sus Instituciones Públicas Descentralizadas, Sociedades de Beneficencia Pública, Unión de Obras de Asistencia Social y de los Programas de Salud y Educación de los Gobiernos Regionales".

6. El Decreto de Urgencia Nº. 037-94, publicado el 21 de julio de 1994, en su artículo 2º, dispone que "(...) a partir del 1 de julio de 1994, se otorgará una bonificación especial a los servidores de la Administración Publica ubicados en los niveles F-2, F-1, profesionales, técnicos y auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala N.º 11 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM que desempeña cargos directivos o jefaturales, de conformidad con los montos señalados en el anexo que forma parte del presente Decreto de Urgencia (...)".

7. Por su parte, el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, publicado el 6 de marzo de 1991, regula en forma transitoria las normas reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de las Remuneraciones y Bonificaciones.

8. Con el propósito de realizar una interpretación conforme el artículo 39º de la Constitución Política del Perú de la aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y del Decreto de Urgencia N.º 037-94, es necesario concordarlo con el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, dispositivo al que se remite el mismo decreto de urgencia. En ese sentido, cuando el Decreto de Urgencia N.º 037-94 otorga una bonificación a los servidores de la Administración Pública ubicados en los niveles F-2, F-1, profesionales, técnicos y auxiliares, no se refiere a los grupos ocupacionales determinados en el Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, sino que hace referencia a las categorías remunerativas-escalas, previstas en el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM. Así, el decreto supremo referido determina los siguientes niveles remunerativos:

- Escala 1: Funcionarios y directivos

- Escala 2: Magistrados del Poder Judicial

- Escala 3: Diplomáticos

- Escala 4: Docentes universitarios

- Escala 5: Profesorado

- Escala 6: Profesionales de la Salud

- Escala 7: Profesionales

- Escala 8: Técnicos

- Escala 9: Auxiliares

- Escala 10: Escalafonados, administrativos del Sector Salud

- Escala 11: Personal comprendido en el Decreto Supremo N.º 032.1-91-PCM

**& Servidores públicos comprendidos en el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N.º 037-94, en concordancia con las escalas señaladas en el Decreto Supremo Nº 051-91-PCM**

9. Habiéndose realizado el análisis de cada una de las normas legales pertinentes y elaborado la tabla comparativa de las escalas remunerativas, se llega a establecer que se encuentran comprendidos en los alcances del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM aquellos servidores públicos:

a) Que se encuentren ubicados en la Escala Remunerativa N.º 4, esto es, los docentes universitarios.

b) Que se encuentren en la Escala Remunerativa N.º 5, esto es, el profesorado.

c) Que se encuentren comprendidos en la Escala Remunerativa N.º 6, esto es, los profesionales de Salud.

d) Que se encuentren comprendidos en la Escala Remunerativa N.º 10, esto es, los escalafonados del Sector Salud.

e) Que sean trabajadores asistenciales y administrativos ubicados en la escalas remunerativas N.os 8 y 9, es decir, los técnicos y auxiliares que presten sus servicios en los ministerios de Salud y Educación y sus instituciones públicas descentralizadas, sociedades de Beneficencia Pública, Unión de Obras de Asistencia Social y de los programas de Salud y Educación de los Gobiernos Regionales.

10. En virtud del Decreto de Urgencia N.º 037-94, corresponde el otorgamiento de la bonificación especial a los servidores públicos:

a) Que se encuentren en los niveles remunerativos F-1 y F-2 en la Escala N.º 1.

b) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los profesionales, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 7.

c) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los técnicos, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 8.

d) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los auxiliares, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 9.

e) Que ocupen el nivel remunerativo en la Escala N.º 11, siempre que desempeñen cargos directivos o jefaturales del nivel F-3 a F-8, según anexo del Decreto de Urgencia N.º 037-94.

11. No se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94, los servidores públicos que regulan su relación laboral por sus respectivas leyes de carrera y tienen sus propias escalas remunerativas, que son los ubicados en:

a) La Escala N.º 2: Magistrados del Poder Judicial;

b) La Escala N.º 3: Diplomáticos;

c) La Escala N.º 4: Docentes universitarios;

d) La Escala N.º 5: Profesorado;

e) La Escala N.º 6: Profesionales de la Salud, y

f) La Escala N.º 10 Escalafonados, administrativos del Sector Salud

12. Del análisis de las normas mencionadas se desprende que la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.º 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada.

13. En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.os 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94, por ser económicamente más beneficiosa, pues la exclusión de estos servidores conllevaría un trato discriminatorio respecto de los demás servidores del Estado que se encuentran en el mismo nivel remunerativo y ocupacional y que perciben la bonificación otorgada mediante el Decreto de Urgencia Nº 037-94.

14. El Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Titulo Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda apartarse de los precedentes emitidos con anterioridad respecto al tema *sub exámine*, y dispone que los fundamentos de la presente sentencia son de observancia obligatoria.

15. En el presente caso, de autos se acredita que mediante el artículo 1º de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 118-2003-GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS /GGR, de fojas 17, se estableció la validez de las resoluciones de la Dirección Regional Sectorial N.os 0646 y 0835-2001-CTAR-AMAZONAS/ED, de fojas 21 y 22, mediante las cuales se otorgó al recurrente la bonificación especial prevista en el Decreto de Urgencia Nº 037-94, con deducción de lo percibido por concepto de la bonificación otorgada por el Decreto Supremo Nº 019-94-PCM. Siendo así, la resolución

cuyo cumplimiento se solicita, contiene derechos reconocidos a favor del demandante, y tiene la calidad de cosa decidida al haber quedado consentida, resultando, por ende, de cumplimiento obligatorio.

16. El demandante acredita haber cesado en el cargo de Técnico de Personal II, con el nivel de administrativo VIII, Servidor Técnico A; es decir, que pertenece al Escalafón N.º 8, establecido por el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM; consecuentemente, se encuentra entre los servidores comprendidos en el Decreto de Urgencia N.º 037-94, y, por ello, procede que se le otorgue dicha bonificación con la deducción de los montos que se le hayan otorgado en virtud del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.

2. Ordena que la Dirección Regional de Educación del Gobierno Regional de Amazonas cumpla con la Resolución de Gerencia General Regional Nº 118-2003-GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS/GGR, abonando al demandante la bonificación especial prevista en el Decreto de Urgencia Nº 037-94, con deducción de lo percibido por concepto de la bonificación otorgada por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM.

3. Ordena que los operadores judiciales cumplan con lo dispuesto en el fundamento 14 supra, y que tengan en consideración que a los servidores y cesantes que corresponde la bonificación dispuesta en el Decreto de Urgencia Nº.037-94 son los mencionados en el fundamento 10 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
**ALVA ORLANDINI**
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**
**GONZALES OJEDA**
**GARCÍATOMA**
**VERGARA GOTELLI**

**COMENTARIO**

## 2.- SENTENCIAS QUE OTORGAN EL BENEFICIO A LOS TÉCNICOS Y AUXILIARES DEL SECTOR SALUD.-

Establecido el precedente constitucional, algunas sentencias del Tribunal constitucional, declararon fundadas las demandas a favor de los técnicos y auxiliares del sector salud, otorgándoseles el beneficio del DU. 037-94. Tal es el caso del Expediente Nº 1517-2006-PA/TC del 22/05/2006, en el cual se afirma:

"3. Sobre el particular, debemos señalar que en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2616-2004-AC/TC de fecha 12 de setiembre de 2005, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional procedió a unificar su criterio, estableciendo a quiénes corresponde, y a quiénes no, la bonificación otorgada por el Decreto de Urgencia N.º 037-94, estableciendo en el Fundamento 13, que en "(...) el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.os 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94 (...)".

4. La demandante ha acreditado que labora en el Centro Materno Perinatal de Tarapoto del Ministerio de Salud, en el cargo de Secretaria III, Servidor Técnico C; es decir, que pertenece al Escalafón N.º 8, establecido por el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM; consecuentemente, se encuentra entre los servidores comprendidos en el Decreto de Urgencia N.º 037-94, y, por ello, procede que se le otorgue dicha bonificación con la deducción de los montos que se le hayan otorgado en virtud del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM."

Este criterio sería compartido en las sentencias Nº 1509-2006-PA/TC; 1519-2006-PC/TC; y 1515-2006-PC/TC.

### 2.1 El precedente es explicitado:

A partir de la sentencia Nº 02288-2007-PA/TC del 27 noviembre del 2007, el Tribunal Constitucional hace una interpretación más clarificante del precedente vinculante, con el siguiente tenor:

"6. Sobre el particular, debemos señalar que en el fundamento 12 de la STC 2616-2004-AC/TC, se ha establecido que:

"(...) la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.º 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada".

7. Es más, dicha regla de exclusión ha quedado reafirmada en el fundamento 13 de la sentencia referida, en cuanto se señala que:

"los servidores administrativos (...) que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.os 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94."

8. En tal sentido, de los fundamentos transcritos puede deducirse que el precedente consistente en que a los servidores administrativos del Sector Salud de los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares no les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia N.º 037-94, se aplica siempre y cuando se encuentren en la Escala N.º 10.

Pues en caso de los servidores administrativos del Sector Salud ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares no se encuentren en la Escala Nº 10 les corresponde percibir la bonificación especial otorgada por el Decreto de Urgencia Nº037-94".

Este criterio es reproducido en el Expediente Nº 06202-2008-PC/TC del 21 de octubre de 2009. Y en semejante tónica, en la reciente sentencia del 2 de noviembre del 2009 signada con el número 04228-2009-AC el Tribunal constitucional señala:

"En este sentido, y teniendo en cuenta que en el caso de autos los demandantes no pertenecen la escala remunerativa N.º 10 del sector salud, de conformidad con lo establecido en la STC N.º 2288-2007-PC/TC, el beneficio en cuestión les resultaba aplicable, debiendo estimarse la demanda en el presente caso."

**Comentario:** De todas estas sentencias podemos concluir que le corresponde el beneficio del DU. 037-94 a los de los técnicos y auxiliares del sector salud que no se encuentren en la Escala Nº 10.

## 3.- SENTENCIAS QUE "NO" OTORGAN EL BENEFICIO A LOS TÉCNICOS Y AUXILIARES DEL SECTOR SALUD

El propio Tribunal Constitucional en sentido contrario a los fallos antes citados ha denegado el beneficio del DU 037-94 a favor de los técnicos y auxiliares del sector salud.

**3.1.-** Así en la sentencia Nº 6022-2007-PC/TC del 21 de mayo 2009 se refiere:

"2. Al respecto, a través de la STC N.º 2616-2004-AC/TC este Tribunal estableció como precedente vinculante el criterio jurisprudencial en atención al cual corresponde la bonificación a la que se refiere el Decreto de Urgencia N.º 037-94 para aquellos servidores de la Administración Pública ubicados en los niveles F-2 y F-1 de la escala N.º 1, profesionales de la Escala N.º 7, técnicos de la Escala N.º 8, auxiliares de la Escala N.º 9, entre otros (Fundamento 10 de la STC N.º 2616-2004-AC/TC).

3. Asimismo es de señalar que el fundamento 13 de la referida sentencia señala que "En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.os 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94, por ser económicamente más beneficiosa, pues la exclusión de estos servidores conllevaría un trato discriminatorio respecto de los demás servidores del Estado que se encuentran en el mismo nivel remunerativo y ocupacional y que perciben la bonificación otorgada mediante el Decreto de Urgencia N.º 037-94..".

4. En este sentido y teniendo en cuenta que los demandantes pertenecen al sector Salud, el cual se encuentra expresamente excluido conforme la STC N.º 2616-2004-AC/TC, corresponde desestimar la demanda en el presente caso."

**Comentario:** En esta sentencia solo se cita el considerando 13 del precedente vinculante sacándolo de contexto. Recuérdese que el precedente vinculante excluyó del beneficio del DU 037-94 a los técnicos del sector salud, en razón de **un solo argumento**: el tener un régimen diferenciado por ser escalafonados de la escala 10 (considerando 12). Por tanto, es lógico que si hubiera técnicos que no fueran escalafonados en la escala 10 les corresponde el beneficio DU 037-97, caso contrario a la luz del

precedente vinculante no existiría ningún fundamento para dicha exclusión, produciéndose también con ellos una discriminación. Entonces debe quedar claro que en la sentencia 2616-2004-AC/TC no se argumentó la existencia de un régimen diferenciado del sector salud distinto al de los escalafonados de la escala 10.

**3.2**.- De otro lado en la Sentencia Nº 02664-2009-AA del 2 de setiembre 2009 se argumenta:

"2. En la sentencia recaída en el Expediente N.º 2616-2004-AC/TC, de fecha 12 de septiembre de 2005, el Tribunal Constitucional procedió a unificar su criterio, estableciendo a quiénes corresponde y a quiénes no la bonificación otorgada por el Decreto de Urgencia N.º 037-94.

3. Así, se estableció que la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 corresponde a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.º 10. **También se indicó que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada.**

4.Conforme se aprecia en la Resolución Administrativa N.° 651-2007 y en el escrito de demanda, obrantes a fojas 4 y 20 de autos, respectivamente la demandante cesó en el cargo de **Auxiliar Administrativo nivel TA**, dentro del Sector Salud, es decir, se encuentra ubicada en la Escala N.º 10 (Escalafonados, Administrativos del Sector Salud) del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por lo que no corresponde otorgarle la bonificación dispuesta en el Decreto de Urgencia N.º 037-94." (negrilla es nuestra).

**Comentario:** En esta sentencia se consigna 2 aspectos que son falsos: **1)** que la sentencia vinculante indicó que los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada (salvo que se trate de la escala 10); **2)** que un Auxiliar administrativo nivel TA se encuentra en la Escala 10 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, cuando literalmente dicho Decreto se los consigna en la Escala 8.

**3.3**.- En la sentencia Nº 05336-2008-AC del 10 de agosto 2009 se afirma:

"2.Al respecto, a través de la STC N.º 2616-2004-AC/TC este Tribunal ha

señalado en **el considerando 10** que en el caso de los servidores administrativos del sector Salud: "[…] se llega a establecer que se encuentran comprendidos en los alcances del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM aquellos servidores públicos:

(…)

e) Que sean trabajadores asistenciales y administrativos ubicados en las escalas remunerativas N.$^{os}$ 8 y 9, es decir, los técnicos y auxiliares que presten sus servicios en los ministerios de Salud […]".

3.En el caso de autos, a fojas 2, obra la Resolución Directoral N.º 293-2006-HSJCH/P que señala que el demandante es "[…] servidor nombrado del Hospital San José - Chincha en el Grupo Ocupacional TÉCNICO, con el cargo de Técnico de Enfermería II, con categoría remunerativa STAB, estando comprendido en la escala remunerativa del anexo que forma parte del Decreto de Urgencia Nº 037-94 y en la Escala N.º 8 del Decreto Supremo Nº 051-91-PCM".

4. Conforme a lo anterior, el demandante tiene categoría remunerativa STAB y se encuentra dentro la Escala N.º 8, perteneciendo al sector Salud, por lo que resultaba beneficiado con la bonificación a que se refiere el Decreto de Urgencia N.º 019-94-PCM. Por ello, no corresponde estimar la demanda en el presente caso."

**Comentario:** Fuera del error formal de haberse glosado el 9 considerando del precedente vinculante, y decirse que es el 10. Lo más preocupante es que el texto citado es sacado totalmente de contexto. Ya que precisamente la regla que se consigna en el considerando 9 e) del precedente vinculante, es la que se modifica o cambia con la sentencia. Dicho de otro modo a partir de la sentencia 2616-2004-AC/TC, se aplica el beneficio del DU. 037-94 a los servidores de educación y los de salud que no están en la escala 10. En efecto, se dice "…sean trabajadores asistenciales y administrativos ubicados en la escalas remunerativas N.$^{os}$ 8 y 9, es decir, los técnicos y auxiliares que presten sus servicios en los ministerios de Salud y **Educación**…" (negrilla nuestra). De modo que si el considerando 9 e) debiera cumplirse textualmente, no recibirían también el beneficio del DU. 037-94 los técnicos y administrativos del sector educación, y por tanto, dicho precedente no hubiese tenido ninguna finalidad innovadora.

**3.4.-** En la sentencia Nº 05076-2008-PC/TC del 10 de agosto 2009 se sostiene:

"6. Así, a fin de consolidar la vinculación del precedente constitucional sobre el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94, este Colegiado reitera y reafirma su criterio jurisprudencial expuesto en la STC

N.º 2616-2004-AC/TC. Al respecto, y con relación al caso concreto, en dicho precedente se señala: "11. No se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94, los servidores públicos que regulan su relación laboral por sus respectivas leyes de carrera y tienen sus propias escalas remunerativas, que son los ubicados en: (...) f) La Escala N.º 10 Escalafonados, administrativos del Sector Salud" (subrayado nuestro). Entonces puede concluirse que al personal administrativo del Sector Salud no le corresponde que se le otorgue la bonificación especial prevista en el Decreto de Urgencia N.º 037-94.

7. Asimismo el fundamento 12 de la mencionada sentencia precisa que: "(...) la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.º 10". Es decir los técnicos y auxiliares del Sector Salud no se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94."

**Comentario:** Aquí se constata una falacia evidente, se dice que no le corresponde la aplicación del DU. N.º 037-94 a la Escala N.º 10 Escalafonados del sector salud. Y luego se concluye que éste beneficio no le corresponde al sector salud en general, ampliando, sin justificación alguna, la exclusión a otras escalas como la 8 y 9).

## 4.- REFLEXIÓN FINAL

De la lectura del precedente vinculante se aprecia que la esencia de la decisión radica en establecer la **extensión** del beneficio otorgado por el DU. 037 para los técnicos y auxiliares, y al mismo tiempo establecer una **excepción** para aquellos del sector salud por pertenecer a un régimen diferenciado, como es la escala 10. Los escalafonados del sector salud.

Dicho de otro modo la única justificación que señala el Tribunal para excluir al sector salud, es la de encontrarse en la escala 10, escalafonados del sector salud. Por lo tanto, si el trabajador (técnico o asistente) pertenece a otras escalas como la 8 o 9 del Decreto Supremo Nº 051-91-PCM, no existe motivación válida para excluirlos del beneficio económico del DU. 037-94.

A nuestro juicio las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema[3] que han denegado el derecho de los técnicos o asistentes del sector salud carecen de una motivación adecuada o pretenden esgrimir una

[3] Por ejemplo, la Casación Nº 00178-2008 del 30 de junio de 2009

interpretación incoherente, que en todo caso, es contraria al precedente vinculante Nº 2616-2004-AC/TC cabalmente desarrollado en la sentencia. N° 02288-2007-PC/TC, y en última instancia al principio de interpretación favorable al trabajador regulado en el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución.

**5.-CONCLUSIÓN.-**

**a)** La lectura del precedente vinculante Nº 2616-2004-AC/TC tiene un contenido unívoco, el mismo que ha sido explicitado en la sentencia N° 02288-2007-PC/TC.

**b)** La sentencias que han denegado el beneficio del DU.037-94 a los técnicos y asistentes del sector salud que no están en la escala 10 del Decreto Supremo Nº 051-91-PCM, se alejan del precedente vinculante sin establecer una motivación adecuada para ello.

**c)** Reconocer la existencia de un régimen diferenciado más beneficioso para el sector salud (distinto a los escalafonados, escala 10 del Decreto Supremo Nº 051-91-PCM) tiene que demostrarse en cada caso en concreto (esto es la demandada debería acreditar tal hecho) o en un nuevo precedente vinculante que lo desarrolle.

**d)** Es indispensable para la seguridad jurídica que el Tribunal Constitucional cumpla a cabalidad con el precedente vinculante comentado, o si estima conveniente lo modifique con otro precedente debidamente motivado. Pero eso sí, cualquiera sea el camino que tome, se evite emitir sentencias contradictorias en esta materia.