

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**Las implicancias de la reincorporación laboral y la defensa de los derechos
fundamentales de los trabajadores en el sector público**

**Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social que presenta:**

*Alberto Renato **Cruzado Cachi***

Asesor:

Kenny Jefferson Díaz Roncal

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo Kenny Jefferson Díaz Roncal docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis “**Las implicancias de la reincorporación laboral y la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores en el sector público**”, del autor Alberto Renato Cruzado Cachi,dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 12% Asílo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 24/11/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

24 de noviembre de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Díaz Roncal, Kenny Jefferson</u>	
DNI: 43969337	Firma: 
ORCID: 0000-0003-2693-1316	

DEDICATORIA

En primer lugar, dedico este trabajo a Dios, porque sin este ser omnipotente, no hubiese tenido la oportunidad de vivir esta experiencia indescriptible de investigar y aprender.

Asimismo, dedico este trabajo a mi entrañable, inigualable y muy querida mamá Orfelinda que, si bien hoy en día no se encuentra físicamente en este mundo terrenal y pasajero, me acompaña espiritualmente en mi camino de vida, y sé que, en donde se encuentre celebra conmigo los logros que poco a poco, pero con firmeza voy obteniendo, además de que, de no haber sido por ella, no me encontraría disfrutando de las experiencias que la hermosa carrera de Derecho me brinda día a día.

Así también, dedico este trabajo a mi querido padre Ramiro, el mejor empleo de perseverancia y disciplina que puedo tener, quien sin tener los recursos que gracias a él puedo tener, supo superarse, y de esta forma brindar a su familia una estabilidad lejos de carencias. Este ser humano lleno de valores es una imagen a la cual todo hijo anhela arribar o superar, un hombre lleno de bondad y superación que, por lo vivido, es un libro de anécdotas.

De la misma forma, dedico este trabajo a mi adorada madre Marleny, mi confidente, consejera y buena amiga, la persona que jamás me soltaría la mano en el camino de mi vida, pero la que también con firmeza me haría ver los errores en que puedo incurrir, esa persona que transmite dulzura y comprensión, pero que a su vez castiga con firmeza y razón.

De la misma manera, dedico este trabajo a mi amada y futura esposa Andrea, aquella mujer de las pocas con las que uno sólo puede encontrarse una vez en la vida, una excelente mujer que transmite confianza, dulzura y amor, un amor protector, como cuando una leona defiende a sus crías, pero también una mujer con un temperamento que te motiva a respetarla y valorarla, por ser una digna representante de una mujer fuerte llena de valores.

Por último y no menos importante, dedico este trabajo a mi querida hermana, con quien desde pequeños hemos sido cómplices de aventuras, compartiendo buenos y malos momentos, y que, si bien hoy en día cada quien inicia su propia aventura de vida por rumbos totalmente distintos, ese hilo que nos une se mantiene irrompible, por el significado de familia, y el gran amor de hermanos.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca brindar una solución armónica a los supuestos de reincorporación laboral en el sector público, a efecto de que pueda haber una compatibilización entre las normas del régimen laboral público y privado que intervienen en este proceso, teniendo como base el análisis del precedente Huatuco, con el ánimo de desarrollar todo lo concerniente a la reposición laboral en el sector público, teniendo en cuenta además lo que desarrolla la legislación y jurisprudencia.

Siendo así, el presente tema de investigación permitirá establecer una interpretación constitucional y armónica entre los principios y derechos fundamentales que entran en conflicto, tanto del sector público, como del privado, en donde se procederá a estudiar las posibles formas de solución en casos de colisión de principios, optando por el método del test de proporcionalidad como el método idóneo de solución, ello con la finalidad de realizar en el presente trabajo de investigación dicho test, teniendo como base el estudio de los conceptos de principio, reglas y normas, además de inspirarnos en la *ratio legis* de las normas que intervengan en este proceso.

Para ello, el método de trabajo que se empleara para la realización del presente trabajo de investigación es el método exegético, dogmático y funcional; puesto que, a partir de casos empíricos -jurisprudencia nacional- procederé a desarrollar los conceptos relevantes que engloban al tema de investigación, teniendo como base la doctrina, para paralelamente realizar una interpretación constitucional de las normas que ello englobe.

ÍNDICE

RESUMEN	4
ÍNDICE	5
INTRODUCCIÓN	7
CAÍTULO I: APROXIMACIONES A LA REINCORPORACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO	11
1.- Sobre el derecho al trabajo: estabilidad de entrada	11
1.1.- Aspecto normativo	11
1.1.1.- En el marco nacional.....	11
1.1.1.1.- Constitución Política del Perú de 1979 y 1993.....	11
1.1.1.2.- Decreto Legislativo N° 728.....	15
1.1.2.- En el marco internacional.....	16
1.1.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	16
1.1.2.2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	17
1.1.2.3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	17
1.1.2.4.- Protocolo de San Salvador.....	18
1.1.2.5.- La Organización Internacional del Trabajo.....	19
1.2.- Aspecto jurisprudencial	20
1.2.1.- En el marco nacional.....	20
1.2.1.1.- Expediente N° 01124-2001-AA/TC.....	20
1.2.1.2.- Expediente N° 0976-2001-AA/TC.....	22
1.2.1.3.- Criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional sobre la estabilidad laboral en el Perú hasta antes de la emisión del Precedente Huatuco.....	26
1.2.2.- En el marco internacional.....	27
1.2.2.1.- Caso Lagos del Campos vs. Perú.....	27
1.3.- Aspecto doctrinario	29
1.3.1.- En el marco nacional.....	29
1.3.2.- En el marco internacional.....	32
1.4.- Opinión personal	35
2.- Sobre el acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos	37
2.1.- Aspecto normativo	37
2.1.1.- En el marco nacional.....	37
2.1.1.1.- Constitución Política del Perú de 1979 y 1993.....	37
2.1.1.2.- Decreto Legislativo N° 276 y Ley N° 28175.....	42
2.1.1.3.- Decreto Legislativo N° 1057.....	45
2.1.1.4.- Ley N° 30057.....	45
2.1.1.5.- Decreto de Urgencia N° 016-2020.....	46
2.1.2.- En el marco internacional.....	52
2.1.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	52
2.1.2.2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	53
2.1.2.3.- Protocolo de San Salvador.....	53
2.1.2.4.- La Carta Iberoamericana de la Función Pública.....	53

2.1.2.5.- La Organización Internacional del Trabajo.....	55
2.2.- Aspecto jurisprudencial.....	55
2.2.1.- En el marco nacional.....	55
2.2.1.1.- Expediente N° 0008-2005-PI/TC.....	55
2.2.1.2.- Expediente N° 05057-2013-PA/TC.....	56
2.2.1.3.- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de las reglas establecidas en el precedente Huatuco.....	60
2.2.1.4.- Pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la aplicación de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco.....	63
2.3.- Aspecto doctrinario.....	67
2.3.1.- En el marco nacional.....	67
2.3.2.- En el marco internacional.....	72
2.4.- Opinión personal.....	74
3.- Sobre los principios en conflictos en los casos de reincorporación laboral en la Administración Pública.....	76
3.1.- Principio de Primacía de la Realidad vs. Principio de Mérito.....	76
3.2.- Como se resolvería los casos de colisión de principios.....	81
3.2.1.- Que manda la jurisprudencia para resolver los casos de antinomia jurídica.....	81
3.2.1.1.- En el marco nacional.....	81
3.2.1.2.- En el marco internacional.....	85
3.2.2.- Que manda la doctrina para resolver los casos de antinomia jurídica.....	86
3.2.2.1.- En el marco nacional.....	86
3.2.2.2.- En el marco internacional.....	88
3.3.- Opinión personal.....	89
CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE RESOLVER LA COLISION DE PRINCIPIOS QUE SE SUSCITA EN LA REINCORPORACION LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA.....	90
1.- Los principios materia de colisión.....	90
1.1.- Principio de mérito.....	91
1.2.- Principio de primacía de la realidad.....	93
1.3.- Conclusión arribada del análisis.....	94
2.- El test de proporcionalidad como el método idóneo para superar la colisión de principios.....	94
2.1.- Sub principio de idoneidad.....	94
2.2.- Sub principio de necesidad.....	99
2.3.- Sub principio de proporcionalidad en estricto.....	103
2.4.- Elemento adicional propuesto por Robert Alexy.....	119
3.- Situaciones <i>siu generis</i> en la administración pública.....	121
3.1.- El nombramiento y ascenso automático en el sector salud.....	122
3.2.- ¿Se puede flexibilizar el principio de mérito?.....	123
4.- Necesidad de hacer una propuesta legislativa.....	127
4.1.- Las bases para hacer una propuesta legislativa.....	127
4.2.- El cuerpo normativo de la propuesta legislativa.....	128
CONCLUSIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA.....	130

INTRODUCCIÓN

En el Perú, el acceso a la carrera administrativa ha sido recogido tanto en la Constitución Política de 1993 como en la de 1979, siendo que la primera se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, es así que como norma jurídica y política que vincula a todo el ordenamiento jurídico peruano *-lex legis-*, las normas legales e infralegales deben guardar compatibilidad con los preceptos previstos en la carta magna.

En ese sentido, el artículo 40 de la Constitución Política de 1993, prevé que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos *-reserva de la ley-*, es así que, el 06 de marzo de 1984 se promulga el Decreto Legislativo N° 276 – Ley de la Carrera Administrativa, en donde se conceptualiza el término carrera administrativa, señalando que el objetivo de esta ley es la incorporación de personal idóneo al sector público, para de esta manera garantizar su permanencia, así como asegurar su desarrollo profesional, para lo cual habrá una evaluación periódica de los méritos individuales, lo cual serviría para la competencia en los ascensos, que es propio de la naturaleza de la carrera administrativa, teniendo de esta forma su propio régimen disciplinario.

Tiempo después, el 27 de diciembre de 1984 el gobierno peruano promulga la Ley N° 24041, mediante la cual los servidores públicos contratados para labores permanentes que tengan más de un año ininterrumpido de servicios no pueden ser cesados, ni destituidos, sino por causa prevista en el capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, y con sujeción al procedimiento establecido en él; debiéndose hacer la precisión que en la actualidad dicha ley ha sido derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto de Urgencia N° 016-2020.

Posteriormente, en el año 2004 se promulga la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público, que en su artículo primero del Título Preliminar se indicó que la finalidad de esta norma es establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada, basada en el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, el desarrollo de los valores morales y éticos y el fortalecimiento de los principios democráticos, para obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas.

De esta manera es que, tanto la Ley N° 28175 y el DL N° 276 establecieron que el acceso al empleo público es mediante concurso público en base a los méritos y capacidad de cada postulante *-meritocracia-*. En este extremo, corresponde indicar que, pese a la existencia de normas que regulan el ingreso al empleo público, la realidad en nuestro país es que existe una diversidad de regímenes laborales y no laborales en la contratación pública, es así que tenemos personal contratados bajo las normas del DL N° 276, DL N° 728 *-régimen laboral del sector privado-*, personas contratadas bajo la figura de locación de servicios y servicios no personales *- contratación de naturaleza civil-*; y personal contratado bajo el régimen laboral

especial público denominado Contrato Administrativo de Servicio -CAS-, que en su texto originario no exigía el ingreso por concurso público a aquellos que tenían vínculo contractual mediante SNP vigentes.

Debido a ello, el gobierno peruano observó que debido a la coexistencia de diversos regímenes laborales en el sector público, que al tener cada uno de estos diferentes reglas de juego, se generó problemas tales como el incremento desmedido de personas que laboran en el sector público, incrementando el costo de la planilla pública, así como, el abuso de contrataciones temporales, distorsiones del sistema de remuneraciones, incumplimiento del principio de mérito, y la ausencia de una política de Estado para la gestión del servicio civil.

En esa línea, es que, el Estado Peruano se vio en la necesidad de iniciar una reforma laboral del sector público, para lo cual promulgo el 03 de julio del 2013 la Ley N° 30057 -Ley del Servicio Civil-, mediante la cual busca que las entidades públicas alcancen mayores niveles de eficiencia y eficacia, prestando servicios de calidad, poniendo énfasis al principio de meritocracia no sólo en el acceso al empleo público, indicando que es por concurso público; sino también, en la permanencia del trabajo público, ya que promueve una evaluación constante del desempeño del trabajador público; reproduciendo las finalidades de la reforma laboral en la exposición de motivos de la citada ley.

En este orden de ideas, resulta una realidad señalar que, en el sector público el Estado en su posición de empleador desde la década de los 90' ha venido utilizando para la contratación de personal los contratos modales previstos en el régimen laboral del DL 728, así como la institución civil de locación de servicios o servicios no personales, sin que haya previamente concurso público, para posteriormente por diversas razones en ciertas situaciones ha optado por no renovar dichos contratos de naturaleza laboral y de apariencia civil que, en su mayoría, por no decir en su totalidad, se encontraban desnaturalizados por un evidente fraude a las normas laborales, en donde pretendían encubrir una relación de trabajo a plazo indeterminado.

De esta forma, los agraviados haciendo uso de su derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva acudían al Poder Judicial o Tribunal Constitucional a fin de solicitar su reincorporación al centro de labores invocando desnaturalización de su contrato de trabajo o contrato civil, dependiendo del caso en concreto.

En efecto, el Tribunal Constitucional, como máximo, pero no único interprete de la constitución, por alrededor de 25 años ha predicado una jurisprudencia uniforme y proteccionista frente a un caso de reincorporación laboral en el sector público, lo cual a su vez ha sido reproducido por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, que en sus múltiples sentencias ha declarado la desnaturalización de los contratos de trabajo a plazo fijo, y contratos civiles -locación y SNP- que se propinaron al momento de la contratación laboral en las entidades públicas, prevaleciendo la eficacia del derecho al trabajo.

Sin embargo, dicha línea jurisprudencial tuvo un cambio radical en el año 2015, cuando el máximo intérprete de la constitución al momento de resolver el proceso de amparo de una trabajadora del Poder Judicial que demandó su reincorporación

laboral, sentó en calidad de precedente vinculante (STC N° 05057-2013-PA/TC) los puntos más relevantes sobre la reincorporación laboral en el sector público.

Enfocándose en la interpretación de las normas que regulan el acceso a la carrera administrativa, y estableciendo que en aquellos casos que se solicita la reincorporación laboral -trabajadores contratados bajo el régimen laboral 728, locadores y SNP- debían acreditar que ingresaron a la carrera administrativa mediante concurso público en una plaza presupuestada y de naturaleza indeterminada.

Ocasionando de esta forma un cambio radical en la jurisprudencia sobre dicha materia, que conllevó a diversas críticas, en tanto, el máximo intérprete de la Constitución por brindar una mayor protección al bien jurídico constitucional de la carrera administrativa, redujo la protección que históricamente le venía brindando al derecho al trabajo, lo cual es contrario a los pronunciamientos que marcaron un hito en materia de despido laboral, que vendrían a ser el caso Fetratel (STC N° 01124-2001-AA/TC) y Eusebio Llanos Huasco (STC N° 0976-2001-AA/TC), en donde el máximo intérprete de la constitución realiza una interpretación proteccionista amplia del derecho al trabajo, distinto al enfoque que se realiza en el precedente Huatuco, generando en la sociedad la proyección de que en el país se está perfilando por la progresión de los derechos laborales.

En consecuencia, este precedente constitucional ha generado una inestabilidad laboral de los trabajadores y servidores civiles en el sector público, puesto que irrazonablemente pretenden hacer que sobre ellos recaiga la sanción de no haberse realizado concursos públicos, como si ello fuese obligación del personal que labora en las entidades públicas, resultando ilógico, puesto que la obligación es de la entidad pública en su posición de empleador que contrata el personal, o en todo caso de los funcionarios públicos, quienes son los que tienen el poder de dirección en la entidad pública.

Por otro lado, una gran crítica que se hizo al precedente Huatuco es el hecho que produce un conflicto de principios y derechos fundamentales, que vendría a ser los principios de meritocracia y derecho de acceder a la carrera administrativa en igualdad de oportunidades frente al principio de primacía de la realidad, continuidad laboral, progresividad y no regresividad, y derecho al trabajo en su fase de término de la relación laboral, y hasta se podría incluir derechos laborales inespecíficos, como el derecho a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

En esa línea, corresponde señalar el precedente Huatuco, sufrió cierta flexibilización por parte de la Corte Suprema, en donde llegó a establecer seis situaciones en las cuales no se aplicaba dicho precedente vinculante, además de que recientemente en el año 2019 la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú en la CASACIÓN LABORAL N° 21082-2017-CAJAMARCA, en calidad de doctrina jurisprudencial estableció que el precedente Huatuco no era aplicable en aquellos trabajadores que realicen función pública y que no formen parte de la administración pública.

A ello, debe añadirse que, en la CASACIÓN LABORAL N° 18032-2015-CALLAO, el Colegiado Supremo estableció que el precedente Huatuco no resulta aplicable

cuando se demanda desnaturalización de contrato mientras está vigente la prestación de servicios. Es decir, con el pasar del tiempo, el precedente Huatuco ha sido objeto de múltiples aclaraciones -flexibilizaciones-; uno de los casos más resaltantes que se puede citar es el caso Cruz Llamas recaído en la sentencia del Expediente N° 06681-2013-PA/TC, donde se indica que el precedente Huatuco es aplicable a los casos donde se solicita reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública.

De esta forma, en el presente trabajo de investigar se buscará dar una respuesta al siguiente problema planteado: ¿Cuál es el método idóneo para resolver la colisión entre el principio de primacía de la realidad con el principio de meritocracia en los supuestos de reincorporación laboral en el sector público, cuando el servidor público no ha ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público?, para lo cual, se partirá de la hipótesis que, el método idóneo para ello es el test de proporcionalidad

En atención a ello, el presente trabajo de investigación apunta a realizar un test de proporcionalidad, entre el principio de primacía de la realidad y meritocracia, ello partiendo del análisis de las aristas que abarca la situación de reincorporación laboral en el sector público, esto es, el desarrollo de la estabilidad laboral y el acceso a las funciones públicas en igualdad de condiciones en sus tres aspectos: normativo, jurisprudencial y doctrinario; para de esta manera, tener la base sobre la cual se procederá a estudiar la colisión entre los principios en comento, lo cual nos llevará al estudio de las formas de solución en casos de colisión de principios, teniendo como fuente, lo que manda la doctrina y la jurisprudencia.

En ese sentido, dentro del presente trabajo de investigación se buscará un punto medio que permita la compatibilización entre el marco legal del derecho público y privado en materia laboral, con el objetivo de no dejar de lado la interpretación constitucional que merece las normas que regulan el empleo público, específicamente el ingreso a la carrera administrativa, para así, desembocar en un punto armonizador entre la reincorporación laboral y los derechos fundamentales de los trabajadores en el sector público, para así no sólo lograr encontrar la solución más idónea para estos casos, sino también, realizar ciertos apuntes respecto a la aplicación de las normas en nuestra realidad laboral en el sector público.

Esta investigación nos revelará que al momento de que el legislador reguló el régimen laboral público no previó, que los principios propios de dicho régimen laboral trastocarían ciertos principios del Derecho del Trabajo, lo cual nos lleva a la antinomia jurídica que se busca abordar en el presente trabajo de investigación, esto, no sólo con miras de una revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina pertinente, sino centrarnos en buscar una solución armónica para que sea una propuesta legislativa, a efecto de compatibilizar los principios laborales trastocados en la reincorporación laboral en el sector público, que gran parte de la responsabilidad lo tiene el mismo Estado, que en su calidad de empleador ha hecho uso irrestricto de las contrataciones reguladas en el DL N° 728 y contrataciones de índole civil, perdiendo de vista que para el sector público hay una regulación propia, generando una mixtura de regímenes en el sector público, lo cual ha conllevado a diversas situaciones de conflicto entre principios y derechos laborales.

CAPÍTULO I: APROXIMACIONES A LA REINCORPORACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

En el presente capítulo se busca plasmar el camino que nos permitirá llegar al estudio de la colisión entre el principio de primacía de la realidad y meritocracia, para lo cual, se empezara con el estudio de dos conceptos que son la base para la investigación, esto es, el concepto de estabilidad laboral y el principio de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos, lo cual será analizado en tres aspectos: normativo, jurisprudencial y doctrina.

Ello servirá a la investigación, toda vez que, nos permitirá tener un mapeo general sobre los puntos que conectan en la colisión de principios que se busca estudiar, y solucionar con el test de proporcionalidad, como método idóneo para la solución de la antinomia jurídica en mención.

De esta manera, en el presente capítulo, se busca iniciar la investigación teniendo como punto de partida el estado de la cuestión, que significa, el desarrollo de las aristas que engloban el meollo del asunto, es por ello que dicho capítulo sirve como camino para llegar a tocar el estudio de la colisión de principios antes citados.

En ese sentido, corresponde señalar que, el investigador dentro de la autonomía con la cual goza para estructurar su investigación, prolijamente decide centrarse en el análisis de las normas, jurisprudencia y doctrina pertinente para la investigación; es decir, que sean de utilidad, ya que en ella reposan preceptos normativos que regulan los conceptos de estabilidad laboral, y principio de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos.

Haciendo la precisión que la estabilidad laboral será estudiada desde la perspectiva del Régimen Laboral Privado, con ciertos apuntes que trastocan en el sector público, teniendo para ello como base la legislación nacional e internacional pertinente, de igual forma con la jurisprudencia y doctrina, de los cuales se puedan rescatar aportes útiles para la investigación.

De esta manera, esto marcará el camino para llegar a desarrollar lo concerniente al principio de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos, en donde nos centraremos en el análisis de las normas y jurisprudencia pertinente al empleo público, a nivel nacional e internacional, lo que sucederá de igual manera con la jurisprudencia y doctrina, rescatando los aportes útiles para la investigación.

En esa línea, es que, podremos tener un panorama amplio sobre la colisión de principios que se busca investigar, ya que, se entenderá el contexto en que las normas y principios del régimen laboral público trastocan con principios del Derecho del Trabajo, y normas del régimen laboral privado.

1.- Sobre el derecho al trabajo: estabilidad de entrada

1.1.- Aspecto normativo

1.1.1.- En el marco nacional

1.1.1.1.- Constitución Política del Perú de 1979 y 1993

Como antecedentes a la Constitución Política de 1979 y 1993, se tiene que el derecho de estabilidad en el trabajo tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos aprobada en 1917 por la Asamblea Constituyente de Querétano, lo cual sucedió sin ninguno precedente en otras legislaciones, ni en la doctrina. En efecto, citando a Carlos Blancas Bustamante, se tiene que, en el numeral XXII del inciso A del artículo 123 de la constitución en mención previó: *“El patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte de una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario”*. (Bustamante, 2013)

Asimismo, como parte de los antecedentes de la Constitución Política de 1979 y 1993, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por Jorge Toyama Miyagusuku, en donde hace referencia a ciertas particulares que permitiría diferenciar la Constitución Política de 1979 con la de 1933: *“(…) Así, el tema del “trabajo” puede ser utilizado para atender ciertas demandas sociales o “manejar” las presiones sociales -como ocurrió con la Constitución de 1933-, incorporar derechos líricos o genéricos -como la Constitución de 1979- o un medio para acceder a la ciudadanía -como sucedió con las Constituciones del siglo XIX- “*. (Miyagusuku, 2015)

En efecto, en nuestro país, el derecho de estabilidad en el trabajo nació recién a partir de Noviembre del año 1970, que tras la promulgación del Decreto Ley N° 18471 se aplicó en el Perú la estabilidad laboral absoluta, para posteriormente, a partir del año 1978, al dictarse el Decreto Ley N° 22126, se empezó a predicar en nuestro país la estabilidad laboral relativa, toda vez que la norma antes citada facultaba a los empleadores a rescindir los contratos de trabajo suscritos a partir de dicha fecha, con el sólo requisito de un preaviso de noventa (90) días, o el pago de un justiprecio por dicho plazo.

La referida ley establecía que la facultad del empleador de despedir a los trabajadores culminaba al tercer (03) año de servicio, es así como los empleadores con frecuencia despedían a sus trabajadores antes de que se cumpla el tercer (03) año de servicio; sin embargo, paralelamente a ello se mantenían los derechos de estabilidad absoluta a los trabajadores que tenían una relación laboral antes de la promulgación de la antes citada Ley.

Durante el primer gobierno del expresidente Alan García Pérez, se procedió a derogar la Ley N° 22126, y se promulgó la Ley N° 24514, que predicaba la estabilidad laboral absoluta de los trabajadores; es así como, en la década de los 90, el sistema que recogió nuestra Constitución Política de 1979 fue de la estabilidad laboral absoluta.

Sin embargo, con la promulgación de la Constitución Política de 1993, la cual se encuentra vigente en nuestro país, la situación cambio, toda vez que en ella se estableció el sistema de la estabilidad laboral relativa, así como la flexibilización del mercado laboral peruano.

En este orden de ideas, a fin de entender la distinción entre la Constitución Política de 1979 y 1993 respecto al derecho de estabilidad laboral, corresponde pertinente realizar el siguiente cuadro:

Constitución Política de 1979	Constitución Política de 1993
Artículo 48.- El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.	Artículo 27.- La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.
Reconocimiento expreso en el cuerpo de la Constitución	Derecho constitucional de carácter programático
Estabilidad laboral absoluta	Estabilidad laboral relativa

De la visualización del cuadro ilustrativo que precede, se puede observar claramente que nuestra Constitución vigente a diferencia de la Constitución Política de 1979 no reconoce de forma expresa el derecho de estabilidad laboral en el cuerpo normativo de la Constitución, sino que delega al legislador la función de establecer a través de una norma con rango legal cuál sería la adecuada protección contra el despido arbitrario -norma programática-, además no indica el grado o nivel de tutela.

En este panorama, se puede advertir que en el aspecto laboral la Constitución Política de 1979 ha sido la más tuitiva, y así también lo ha manifestado Jorge Toyama, quien señala: *“Cuantitativa y cualitativamente, la Constitución de 1979 ha sido la que mejor ha abordado el tema laboral -aunque ello no exime de tener observaciones y críticas, que trató sin reparos los derechos laborales de los trabajadores, que otorgó un acápite especial al tema del trabajo y lo realizó con sistemática.”* (Miyagusuku, 2015)

En este orden de ideas, de la visualización del cuadro en comentario, se puede deducir que de la Constitución Política de 1979 a la de 1993 ha habido una transición hacia un modelo de mínima protección en lo que respecta a la estabilidad laboral de los trabajadores, entendido este derecho como una manifestación del principio de continuidad - Principio General del Derecho del Trabajo-.

De esta manera, con la Constitución Política de 1993 se suprimió del listado de derechos laborales el de estabilidad en el trabajo, que en la

Constitución Política de 1979 tenía reconocimiento expreso, precisando que si bien el artículo 27 de la vigente Constitución Política alude de forma expresa la estabilidad laboral de salida, ello no significa que la estabilidad laboral de entrada no sea reconocida, ya que no puede existir estabilidad laboral de salida sin estabilidad laboral de entrada y viceversa.

Así también, debido a la supresión del derecho estabilidad laboral en nuestra vigente Constitución Política, corresponde hacernos la siguiente pregunta: ¿Si de acuerdo con la Constitución de 1993, solo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados derechos fundamentales de las personas, entonces el derecho de estabilidad laboral ya no sería catalogado como un derecho fundamental, sino sólo como un derecho social-económico?

Para responder dicha interrogante, se debe tener en cuenta que nuestra Constitución Política vigente no hace ninguna distinción entre la naturaleza de los derechos que en ella reposan -ejemplo: naturaleza política, social, económica, etc.-; además, no existe un listado taxativo respecto a la enumeración de derechos fundamentales, puesto que basta que el derecho se encuentre inserto en el cuerpo normativo de la Constitución para ser calificado como derecho fundamental.

En este extremo, resulta pertinente indicar que, si bien el derecho de estabilidad laboral no se encuentra reconocido de forma expresa, no significa que no tenga la calificación de derecho fundamental, más aún, si no debe perderse de vista que uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de nuestra vigente Constitución Política recae sobre la protección que tiene todo trabajador de sólo ser despedido por causa justa -estabilidad laboral de salida-. Entonces queda firmemente comprobado que así el derecho de estabilidad laboral haya sido suprimido del contenido de la Constitución de 1993, no significa que haya dejado de ser un derecho fundamental específico laboral.

Por otro lado, conforme se indicó precedentemente, la Constitución Política de 1979 tenía una regulación más sistematizada y protectora sobre materia laboral, además de garantizar la estabilidad laboral absoluta, mediante la cual se declaraba la nulidad del despido y consecuentemente se ordenaba la inmediata reincorporación al centro de labores, situación distinta que sucede con la Constitución Política de 1993.

Debiéndose indicar que, este tránsito a un modelo de mínima protección se debió a que en la década del 90' empezaba a surgir en nuestro país la famosa flexibilización laboral, lo cual permitió diversos cambios no sólo a nivel constitucional -como es el caso de la estabilidad laboral-, sino también de nivel legal.

1.1.1.2.- Decreto Legislativo N° 728

Por su parte al nivel legal, producto del mandato constitucional previsto en el artículo 27 de la Constitución Política de 1993, lo cual fue resultado del proceso de reforma laboral -flexibilización- que se sucedió en la década de los 90', es que, uno de los tantos puntos que fueron materia de discusión en dicha reforma, fue que, en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, se tocó lo referente a la estabilidad en el trabajo -en la contratación y en la extinción-.

En este contexto, es que, nace la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Legislativo N° 728, que luego se desdobló por un lado en la Ley de Formación y Promoción Laboral, y por otro, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En efecto, se tiene que en la actualidad el eje de la normativa que regula las relaciones de trabajo en el sector privado es el TUO del Decreto Legislativo N° 728 -Decreto Supremo N° 003-97-TR-, en donde el nivel de protección que se brinda al trabajador frente a un caso de despido arbitrario se encuentra previsto en el artículo 34 de su cuerpo normativo, en donde alude que tiene derecho al pago de una indemnización, la cual se encuentra establecido en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, esto a razón de la norma programática contemplada en el artículo 27 de nuestra vigente Constitución Política.

Bajo este contexto, se advierte claramente que, la norma en comento ha acogido un modelo de estabilidad laboral relativa, ello al establecer como única reparación frente al despido el pago de una indemnización -estaríamos hablando de la estabilidad laboral de salida-, precisando que de conformidad con el artículo 10 de la norma aludida, dicha protección se adquiere una vez que el trabajador supere el período de prueba -estaríamos hablando de la estabilidad laboral de entrada-.

Por otro lado, corresponde indicar que de manera excepcional la LPCL acoge la figura del despido nulo, la misma que se encuentra previsto en el artículo 29, en donde establece bajo la figura de *numerus clausus* un grupo cerrado de situaciones en las cuales procede la declaración de nulidad del despido, y por ende la reincorporación laboral.

Asimismo, corresponde señalar que las normas en comento han sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional debido a los múltiples procesos de amparo, teniendo como resultado la creación a través de la jurisprudencia constitucional de dos tipos de despidos -incausado y fraudulento-, analizando además el tipo de protección que se debe brindar a los trabajadores, en donde se optó por brindar una estabilidad laboral absoluta, distinta a la protección que se pretende dar no sólo por las normas de la LPCL, sino también por la norma constitucional antes citada.

Sobre este último punto, a manera de una aproximación a lo que se tratará en líneas posteriores, corresponde pertinente traer a colación lo expuesto por el grupo de autores del libro Comentarios a la Ley de Productividad y Competitiva Laboral, que sostienen:

“En nuestra opinión, la LPCL no transgrede la Constitución en la medida que prevé, como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario (art. 34). En efecto, la ley cumple lo dispuesto en la Constitución al regular un tipo de protección a los trabajadores despedidos arbitrariamente, más aún si esta cuenta con sustento normativo internacional (Convenio Internacional del Trabajo N° 158 de la OIT y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Salas & al, 2016)

En efecto, se aprecia que el asunto de la estabilidad en el trabajo es un tema debatible hasta la actualidad, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, ello básicamente por la interpretación y aplicación de las normas que la regulan, ya sea a nivel legal, constitucional, como a nivel internacional, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra vigente Constitución Política, las normas que regulen derecho y libertades que nuestra Constitución reconoce y garantiza se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificadas por nuestro país, lo cual alcanza a los derechos sociales tratados en este trabajo de investigación.

1.1.2.- En el marco internacional

1.1.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sobre el particular, corresponde indicar que dicho documento internacional marca un hito en la historia, ya que, hasta la fecha de su adopción, el mundo no tenía un documento global donde reconocía que todos los seres humanos éramos libres e iguales sin importar su sexo, origen, color, creencia, etc. Es así que, este documento internacional fue adoptado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) como respuesta a los actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

En este contexto, la DUDH contiene una gama de libertades y derechos reconocidos a los seres humanos, en donde se les insta a los Estados miembros a garantizarlos y protegerlos, es así que nuestro país mediante la Resolución Legislativa N° 13282 del 09 de diciembre de 1952 decidió aprobar el documento internacional en comento.

En efecto, respecto a la materia que nos interesa investigar, dentro de la gama de derechos laborales que reconoce, la DUDH en su artículo 23 reconoce de forma expresa el derecho que tiene toda persona al trabajo, en donde, si bien no reconoce de forma expresa el derecho de estabilidad en el trabajo, de acuerdo a los múltiples pronunciamientos desarrollados por nuestro Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo implica por un lado el derecho de acceder a un puesto de trabajo, y por otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa -aristas dentro de las cuáles se reconoce la estabilidad laboral de entrada y salida-.

1.1.2.2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Al respecto, años más tarde de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se tiene que, el 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la misma que fue aprobado por nuestro Estado, mediante Decreto Ley N° 22129 de fecha 28 de Marzo de 1978.

En efecto, este pacto internacional en su artículo seis garantiza que los Estados miembros reconocen el derecho al trabajo, así como la libertad de trabajo, y la adopción de las medidas que reconoce en los artículos siete y ocho de dicho pacto internacional.

De igual manera, como se mencionó en líneas precedentes, este pacto internacional no reconoce de forma expresa el derecho de estabilidad en el trabajo; sin embargo, de acuerdo a la interpretación constitucional del derecho al trabajo, se advierte que ésta se encuentra inmersa dentro del contenido esencial del derecho al trabajo.

1.1.2.3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Si bien, en los puntos precedentes se hizo referencia a documentos internacionales suscritos y ratificados por Estados miembros que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas, que prácticamente es una organización internacional creada para mantener la paz y seguridad internacional, a través del fomento de relaciones de amistad, y cooperación internacional entre los Estados miembros, a fin de llegar a acuerdos y soluciones armónicos y globales, debiéndose señalar que dicha organización internacional tuvo su creación poco antes de la segunda guerra mundial; razón por la cual las declaraciones y pactos internacional adoptados por su Asamblea General sentaron un hito en la historia en cuanto a reconocimiento de derechos y libertades para las personas.

Por su parte, en el ámbito geográfico regional al cual nuestro país pertenece, se tiene a la Organización de los Estados Americanos, cuyo origen se remonta a la primera conferencia internacional

americana celebrada en Washington DC de octubre de 1889 a abril de 1890; es así que, en dicho momento se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, empezando a formar las disposiciones e instituciones del sistema interamericano.

Sin embargo, no fue hasta el año 1948 cuando se suscribió en Bogotá la carta de la OEA, dando así nacimiento a dicha organización americana, que en literal b) del artículo 45 reconoce que el trabajo es un derecho y deber social que otorga dignidad a quien lo realiza.

En esa línea, años más tarde, el 22 de noviembre de 1969 los Estados miembros deciden adoptar el Pacto de San José de Costa Rica, que vendría ser la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde reafirman el respeto de los derechos humanos de las personas dentro del ámbito geográfica de los Estados Americanos, la misma que fue aprobado por nuestro país el 11 de julio de 1978 mediante el Decreto Ley N° 22231.

En ese sentido, en el artículo seis del cuerpo normativo de la convención americana en mención a la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y que supuestos no constituye ello, sin hacer un reconocimiento expreso del derecho a la estabilidad laboral, así como el derecho al trabajo; sin embargo, ello no significa que la OEA desconozca estos derechos laborales de las personas.

1.1.2.4.- Protocolo de San Salvador

Posteriormente, reafirmandose la postura de los Estados miembros de la OEA, es que, se procede adoptar el 17 de noviembre de 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el mismo que ha sido aprobado por nuestro país el 27 de diciembre de 1994 mediante la Resolución Legislativa N° 26448.

Dentro del cuerpo normativo del protocolo en mención, en su artículo sexto de forma expresa se reconoce el derecho que tiene toda persona al trabajo, a la oportunidad de obtener los medios para que pueda llevar una vida digna. Asimismo, los Estados miembros de comprometen a adoptar las medidas que garanticen el pleno ejercicio del derecho al trabajo.

Por otro lado, en el artículo séptimo, los Estados miembros acuerdan reconocer dentro de su legislación el derecho a la estabilidad laboral, tal es así que, en su numeral d) prevén: *“la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otras prestaciones previstas por la legislación nacional”*.

De esta manera, se puede observar que mediante el Protocolo de San Salvador, los Estados miembros que la ratifican, como es el caso de nuestro país, se comprometen a garantizar la estabilidad laboral tanto de entrada como de salida, dejando a criterio de ellos al momento de promulgar sus normas internas que tipo de reparación se adopta ante un despido injustificado.

En efecto, se puede observar que esta sería la primera norma dentro del marco internacional circunscrito al continente de América, que se opta por reconocer de forma expresa no sólo el derecho al trabajo, como tantos tratados, pactos y declaraciones internacionales lo han hecho, sino también el derecho de estabilidad en el trabajo.

1.1.2.5.- La Organización Internacional del Trabajo

Ahora bien, en el marco del derecho al trabajo también existe una organización internacional que se centra en la adopción de tratados, recomendaciones, y solución de casos de naturaleza laboral entre sus Estados miembros, en donde su columna vertebral es el fomento del tripartismo y diálogo social.

En efecto, la OIT fomenta el tripartismo dentro de sus mandantes empleadores, trabajadores y Estados miembros, al promover el diálogo social entre las organizaciones sindicales y de empleadores en la formulación y aplicación de las políticas nacionales en el ámbito social y económico.

De esta manera, la OIT fue creada en el año 1919 como parte del Tratado de Versalles tras el término de la primera guerra mundial, de esta manera es que entre enero y abril de 1919 nace la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo.

Asimismo, dentro de las labores de la OIT, es que en el año 1944 se adopta la Declaración relativa a sus fines y objetivos -Declaración de Filadelfia- incorporado como anexo en la Constitución de la OIT, en donde uno de sus fines es que el trabajo no debe ser considerado como una mercancía, ni como un producto, sino que éste forma de la vida diaria de todos, y el medio determinante para alcanzar la dignidad humana, bienestar y desarrollo como personas tanto al nivel familiar, como social.

En este orden de ideas, corresponde señalar que, dentro de su labor de emisión de normas internacionales de la OIT, se encuentran los convenios y recomendaciones, en donde los primeros son tratados internacionales que vinculan a los Estados miembros que lo ratifican, mientras que los segundos actúan únicamente como directrices no vinculantes -y no son objeto de ratificación-.

En este marco, es que, respecto al tema que nos interesa investigar se observa que la OIT emitió el Convenio N° 158 de la OIT – Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, y la

Recomendación N° 166 – Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo. De esta manera, se advierte que la organización internacional en comento reconoce no sólo el derecho al trabajo, sino también el derecho de estabilidad laboral de entrada y de salida, brindando ejes importantes en cuanto a las formas de protección del trabajador ante un despido injustificado, lo cual ha sido desarrollado por nuestra legislación nacional, en donde coexisten dos tipos de protecciones, la resarcitoria -pago de una indemnización- y restitutoria -reposición laboral-, que se inspiran en la estabilidad laboral relativa y absoluta respectivamente.

1.2.- Aspecto jurisprudencial

1.2.1.- En el marco nacional

1.2.1.1.- Expediente N° 01124-2001-AA/TC

Dentro del ámbito jurisprudencial también hubo cambios importantes respecto al análisis de las normas que nos interesa estudiar en el presente subcapítulo, y que han sido desarrolladas anteriormente en la línea del derecho al trabajo y del derecho a la estabilidad laboral.

En efecto, conforme se indicó hasta este punto, la estabilidad laboral es uno de los derechos laborales que ha sufrido cambios radicales en los últimos años, tal es así que, nuestro Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución modifica el modelo de protección que se otorga a los trabajadores contra los despidos en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, interpretando el contenido esencial del derecho al trabajo, lo cual implica la estabilidad laboral de entrada y de salida.

Es así que, la sentencia en comento marca un hito en la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto se refiere a la interpretación del derecho al trabajo, puesto que con ella inicia el nuevo criterio jurisprudencial en materia de estabilidad laboral, toda vez que, en esta sentencia el máximo intérprete de la Constitución inaplica las normas legales reposadas en la LPCL que disponen el pago de una indemnización por despido arbitrario, ordenando la reposición de los demandantes.

En este contexto, previo a la sentencia en comento, la protección contra el despido arbitrario se encontraba circunscrito en los términos dispuestos en el artículo 34 de la LCPCL. En este extremo, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por Carlos Blancas Bustamente en la entrevista que le practica la revista Soluciones Laborales:

“(…) Sin embargo, ya a partir de este año (1998) hay algunas sentencias en las que el tribunal abre la vía del amparo. Esta vía no fue abierta con la sentencia que se comenta, ya había casos anteriores en los que incluso el TC invoca como fundamento de sus sentencias la violación del derecho al

trabajo, pero no lo explica. La importancia de la sentencia materia de estudio es que el TC desarrolla el contenido del derecho al trabajo.

(...)

En suma, creo que ya había un proceso que desembocó en el Exp. N° 1124-2001 y no es que esta sentencia haya aparecido súbitamente. Reitero, la importancia de esta sentencia es que se construye la noción del despido incausado, que es aquel despido que carece de expresión de causa, y declara inconstitucional la primera parte del artículo 34 de la LPCL (...)" (Bustamente, 2012)

En esa línea, se observa que antes de la sentencia en comentario el contexto era distinto al que se generó con lo desarrollado en la presente sentencia, dando inicio a una etapa proteccionista del trabajador, pero entendiendo que el desarrollo jurisprudencial que se realiza en la tantas veces aludida sentencia es producto de un proceso jurisprudencial -construcción del criterio- que venía realizando el Tribunal Constitucional desde el año 1999.

En este orden de ideas, la sentencia que nos interesa analizar, tuvo a bien resolver el proceso de amparo interpuesto por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra la empresa Telefónica del Perú SAA, básicamente alegando amenaza y vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores que representan, citando diversos derechos, entre los que se encuentra el derecho al trabajo, en virtud de la aplicación por parte de la empresa de un plan de despido masivos con el propósito de despedir a la totalidad de sus trabajadores sindicalizados.

Siendo así, el Tribunal Constitucional determino cuál era el contenido esencial del derecho al trabajo, señalando que se encuentra conformado por dos aspectos: a) el derecho a acceder a un puesto de trabajo, y b) el derecho a no ser despedido, salvo por causa justa prevista en la Ley.

Es así que, partiendo de esta premisa, el Colegiado en mención procede a realizar un análisis sobre los alcances de la expresión "protección adecuada contra el despido arbitrario" contenida en el artículo 27 de la Constitución Política, sosteniendo que lo siguiente:

"(...) Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles." (caso FETRATEL, 2002)

En base a dicha interpretación, la posición del Tribunal Constitucional no se centra en resolver el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual sobre estabilidad absoluta y relativa; ellos plantean la posición de que la fórmula protectora acogida por el legislador debe respetar el contenido esencial del derecho al trabajo, para lo cual procedieron analizar el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL.

Aduciendo que, dicho precepto normativo únicamente recoge una tutela resarcitoria -pago de una indemnización-, lo cual vendría a ser incompatible con la Constitución; básicamente porque, el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL vacía de contenido el derecho al trabajo, ya que uno de sus aspectos es la proscripción del despido sin que haya causa justa.

Entonces, lo que dicho precepto normativo transmite es el mensaje de que los empleadores se encuentran habilitados para ocasionar despidos incausados o arbitrarios, teniendo únicamente derecho el trabajador al pago de una indemnización, desconociendo los derechos fundamentales de estos, y contraviniendo la parte *in fine* del artículo 23 de nuestra Constitución Política, que prevé que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Finalmente, resulta importante traer a colación lo expuesto por Javier Neves Mujica, que es citado por el grupo de investigadores que elaboraron el libro Comentarios a la Ley de Productividad y Competitiva Laboral, en tanto, a criterio de estos doctrinarios, la sentencia en comento si bien tiene un aporte importante a nivel jurisprudencial sobre estabilidad laboral y derecho al trabajo, ello no significa que se haya restablecido la estabilidad laboral absoluta que predicaba la Constitución de 1979.

Ello se debe a que, en nuestro país hay un régimen de estabilidad laboral mixta, la absoluta para algunas situaciones de hecho, y la relativa para otros. Siendo así, hablar de que el Tribunal Constitucional ha restablecido la estabilidad laboral absoluta, sería erróneo y confuso; toda vez que, para el supuesto de despido nulo, hay la estabilidad laboral absoluta, mientras que para el despido arbitrario la estabilidad laboral relativa.

De esta manera, lo que ha realizado el Tribunal Constitucional es sustraer un supuesto de despido arbitrario y darle el trato de un despido nulo, teniendo así más supuestos de estabilidad absoluta de lo que existía antes, pero no se ha abandonado el régimen de estabilidad relativa (Salas & al, 2016).

1.2.1.2.- Expediente N° 0976-2001-AA/TC

Posteriormente a la sentencia antes analizada, el Tribunal Constitucional amplía los supuestos de reposición laboral

estableciendo una nueva y amplia tipología del despido, para lo cual tendremos a bien citar el cuadro ilustrativo efectuado por los investigadores del libro Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

TIPO DE DESPIDO	DESCRIPCIÓN
INCAUSADO	Desvinculación del trabajador sin expresión de causa alguna. Este despido se produce cuando se desvincula al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o labor del trabajador que la justifique. Los “despidos de hecho” se encuentran incluidos en este supuesto, tal y como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los que habiéndose desnaturalizado un contrato temporal -es decir, habiéndose acreditado que el contrato a plazo fijo es fraudulento- se alega la extinción del vínculo laboral a consecuencia del vencimiento del plazo pactado.
FRAUDULENTO	Desvinculación abusiva en la que: (i) se imputa al trabajador hechos inexistentes, falso o imaginarios; (ii) se atribuye una falta no prevista legalmente; (iii) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad; o, (iv) se adulteran medios probatorios para la imputación de falta.
NULO	Desvinculación por discriminación, actividad sindical, represalia ante denuncia de los trabajadores, por encontrarse la trabajadora embarazada y todos los supuestos previstos en el artículo 29 de la LPCPL.
DESPIDO ARBITRARIO	Desvinculación en la que se imputan hechos al trabajador y se sigue el procedimiento de ley, pero no se verifica la existencia de una falta grave.

En efecto, esta tipología de despidos nace en la jurisprudencia, específicamente en la presente sentencia, en donde el Tribunal Constitucional tiene a bien resolver el proceso de amparo interpuesto por el señor Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú SAA, en donde alega violación a su derecho del trabajo, solicitando que se deje sin efecto legal la carta notarial mediante la cual le comunican su despido, y que se ordene su inmediata reincorporación laboral.

Sobre el particular, el máximo interprete de la Constitución realiza un análisis y desarrollo interpretativo respecto al alcance del derecho fundamental reconocido en el artículo 27 de la Constitución Política de 1993, para lo cual en su fundamento 11 señala lo siguiente:

“(…) Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en tomo al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".

Ante la diversidad de las formas cómo el legislador nacional puede desarrollar el contenido del derecho en referencia, para lo que goza un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este Tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado, a través de un régimen de carácter "sustantivo" y, por otro, con un régimen de carácter "procesal". (Caso Eusebio Llanos, 2003)

Es así que, partiendo de dicha premisa, el Tribunal Constitucional desarrolla la interpretación constitucional en comento, sosteniendo que, la dimensión sustantiva se encuentra compuesta por dos modalidades, la protección preventiva, que impide o evita el despido arbitrario -que se encuentra reposado en el artículo 31 de la LPCL-; y la protección reparadora, para lo cual nuestro ordenamiento jurídico ha optado por el pago de una indemnización debidamente tasada -artículo 38 de la LPCL-.

Mientras que, la dimensión procesal se encuentra compuesta por una vía procesal de eficacia resarcitoria, en donde se busca el pago de una indemnización por despido arbitrario; o una vía procesal de eficacia restitutoria, en donde se busca la restitución de las cosas al momento anterior a la violación o amenaza del derecho, esto es, la reposición de labores.

Habiendo el Tribunal Constitucional desarrollado la interpretación constitucional en comento, posteriormente a ello realiza ciertos apuntes importantes con el tema que nos compete investigar. En un primer momento, sostiene que la eficacia reparadora acogida en nuestro ordenamiento jurídico -pago de una indemnización frente a un despido arbitrario- no resulta incompatible con los preceptos de nuestra Constitución Política, en tanto, existe paralelamente un sistema de protección adecuada que vendría a ser el régimen procesal antes descrito -eficacia resarcitoria y restitutoria-.

Aunado a ello, indica que, el diseño de protección frente al despido injustificado no puede limitarse a lo que mande el DL 728, razón por la cual, lo previsto en el artículo 27 de nuestra vigente Constitución Política, no debe ser entendida como una suerte de constitucionalización del despido; ya que, en base al principio de primacía constitucional, no puede admitirse como legítimos los actos lesivos de derechos fundamentales.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución indico que la extinción unilateral de la relación laboral fundado únicamente y exclusivamente en la voluntad del empleador se encuentra afecta de nulidad, y por tanto carecería de efecto legal cuando se lesiona derechos fundamentales.

Bajo este orden de ideas, se encuentra claro que en la presente sentencia, el Tribunal Constitucional continuo y finalizo la construcción de su criterio interpretativo respecto al mandato constitucional del artículo 27 de nuestra Constitución Política, concluyendo, que dentro de nuestro ordenamiento jurídico coexisten los dos tipos de protección frente al despido, esto es, el de eficacia resarcitoria y restitutoria, dependiendo del trabajador la elección al momento de impugnar el acto lesivo, pero teniendo la premisa que es nulo todo acto lesivo de derechos fundamentales.

Finalmente, resulta pertinente indicar que actualmente no existe un consenso uniforme entre los actuales magistrados del Tribunal Constitucional en lo que respecta al derecho de estabilidad laboral, tanto en el sector privado, como en el público, puesto que, de lo que se puede observar de los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 01883-2016-PA/TC y N° 03380-2015-PA/TC, se advierte que mantienen una posición discrepante respecto a los otros magistrados.

En vista que, estos dos magistrados sustentan su criterio de que la reparación resarcitoria es compatible con la Constitución, ya que es la adecuada protección que el legislador ha optado reconocer frente a un despido arbitrario, añadiendo que ello se encuentra recogido también en el Protocolo de San Salvador, razón por la cual las pretensiones de reincorporación laboral no deben ser amparadas en los procesos de amparo, debiéndose declarar la improcedencia de la demanda en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, criterio distinto al que predica el magistrado Ernesto Blume, quien mantiene una posición más proteccionista del trabajador en lo que respecta al derecho de estabilidad laboral.

Siendo así, queda claro que hasta en la actualidad el derecho de estabilidad laboral continúa generando discrepancias a nivel jurisprudencial, no habiendo una línea uniforme respecto a su desarrollo, por lo cual, para algunos magistrados significa que las

sentencias en comento han producido confusión sobre el derecho de estabilidad laboral, mientras que otros tienden bien firme su posición de que todo acto lesivo de derechos fundamentales debe ser nulo, por lo que trasladado al ámbito del derecho de estabilidad laboral, se debe optar por la reincorporación laboral.

1.2.1.3.- Criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional sobre la estabilidad laboral en el Perú hasta antes de la emisión del Precedente Huatuco

A la luz de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0976-2001-PA/TC, es que se intensificó las demandas de amparo en donde los agraviados acudían a la vía constitucional solicitando su reincorporación laboral alegando haber sufrido despido incausado, ya que, se les había terminado su vínculo laboral por la no renovación de contrato laboral y/o civil.

En este contexto, los demandantes alegaban desnaturalización de sus contratos de trabajo modales, así como los contratos civiles básicamente por incurrir en fraude de las normas laborales. En base ello, el máximo intérprete de la Constitución en aplicación del principio de primacía de la realidad empieza a construir el criterio de que en estos supuestos los empleadores buscaban encubrir una relación laboral a plazo indeterminado.

En efecto, dentro del razonamiento formulado por el Tribunal Constitucional se determinó que en casos de discrepancia entre lo que sucede en el mundo de los hechos, y lo consignado en los documentos, debe prevalecer lo primero -principio de primacía de la realidad-, es así que, empiezan a determinar el reconocimiento de relaciones de trabajo a plazo indeterminado tanto en el sector público -en tanto el DL 728 es aplicado en el sector público-, como en el privado, ordenando la inmediata reincorporación laboral.

De esta manera, debido al congestionamiento de las labores del Tribunal Constitucional, es que, se ven en la necesidad de analizar la procedencia de los procesos de amparo, centrándose en el desarrollo jurisprudencial de la causal de improcedencia contemplado en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, que prevé que no procede los procesos constitucionales cuando existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

Bajo este orden de ideas, es que, desarrollan jurisprudencialmente los precedentes vinculantes recaídos en los Expedientes N° 206-2005-PA/TC, y N° 02383-2013-PA/TC, determinando la subsidiariedad del proceso de amparo, y sentando criterio de en qué casos se debe acudir a la vía constitucional, analizando además la regulación de la NLPT, para indicar que la misma es una vía

ordinaria especialmente protectora para atender los casos de reincorporación laboral en supuestos de fraude laboral.

Es así que, los órganos jurisdiccionales empezaron a conocer con mayor intensidad estos tipos de pretensiones, en donde, en base al criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional, aplican el principio de primacía de la realidad, en vista éste órgano constitucional fue quien marco el camino para la aplicación de tal principio, convirtiéndose en un Principio del Derecho del Trabajo de vital importancia y utilidad en los casos de desnaturalización de contratos modales, y de locación de servicios.

De esta manera, el principio de primacía de la realidad genera en la jurisprudencia judicial y constitucional, la necesidad de fijar rasgos de laboralidad que servirían la forma de probar cuando nos encontramos ante un supuesto de fraude de norma laboral, teniendo en cuenta además que dentro de nuestra normatividad laboral se regulan supuestos de sanción legal en caso de fraude laboral produciendo el inmediato reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado.

Siendo así, hasta la actualidad el desarrollo jurisprudencial en comento continúa manteniéndose, siendo los jueces los llamados a analizar cada caso en concreto, y en base al principio de primacía de la realidad verificar si se encuentran los empleadores encubriendo una relación de trabajo a plazo indeterminado, salvo la situación de trabajadores sujetos al DL 728 y locadores de servicios -igual que los SNP- que prestan sus servicios en el sector públicos.

En aquellos casos, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, que coloquialmente es conocido como Precedente Huatuco, realiza un cambio jurisprudencial para los trabajadores del sector público, añadiendo 03 supuestos para que proceda la reincorporación laboral, que vendrían a ser: i) que el trabajador haya ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público, ii) en una plaza presupuesta, y iii) de naturaleza indeterminada; dejando de lado la aplicación del principio de primacía de la realidad, retrocediendo en la progresión de los derechos laborales, lo cual será objeto de un análisis prolijo en los posteriores subcapítulos del presente trabajo de investigación.

1.2.2.- En el marco internacional

1.2.2.1.- Caso Lagos del Campos vs. Perú

Ahora bien, en el ámbito internacional, un caso importante, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene a bien desarrollar el derecho de estabilidad laboral es el caso en comento, en donde éste órgano judicial autónomo de la OEA resuelve el caso sometido al sistema interamericano de Derechos Humanos -al cual se

encuentra sometido nuestro país- por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ello ante la petición formulada por el señor Alfredo Lagos Campos quien responsabiliza internacionalmente al Perú por la falta de protección de su derecho a la libertad de expresión, libertad de asociación y estabilidad laboral, quien como dirigente laboral al expresar opiniones en el contexto de un conflicto electoral fue despedido de manera injustificada.

Sobre el particular, centrándonos en el tema que nos interesa investigar, la Corte IDH procede a realizar un desarrollo jurisprudencial internacional del derecho a la estabilidad laboral como derecho protegido. Al respecto, sostienen que, éste derecho implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo, además de que los Estados partes tienen la obligación de adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo a terceros, lo cual implica también el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente.

En este orden de ideas, la Corte IDH hace referencia al Convenio N° 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido e imponen la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente.

De esta manera, la Corte IDH indica que el derecho a la estabilidad laboral implica ciertos deberes que deben ser cumplidos por los Estados miembros, que vendría a ser los siguientes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador a través de sus órganos competentes contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación -que puede ser a través de la reincorporación, o el pago de una indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional-; y d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

Siendo así, manifiestan que el derecho de estabilidad laboral no significa la permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino, el respeto de dicho derecho, otorgando al trabajador las garantías mínimas de protección, a fin de que el despido se realice bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

En este contexto, corresponde indicar que esta sentencia internacional es de suma importante para el derecho laboral peruano, en tanto, marca un hito histórico respecto al desarrollo jurisprudencial del derecho a la estabilidad laboral, el cual se encuentra reconocido por nuestra Constitución Política vigente, y que también ha sido objeto de diversos pronunciamientos por nuestro Tribunal Constitucional.

En ese sentido, la presente sentencia marca una línea de respeto de los derechos laborales de los trabajadores, en el sentido que, identifica cuáles son los deberes que deben ser cumplidos por los Estados miembros, y reafirmando una vez más que hay dos formas de tutela ante un despido, que es la resarcitoria y restitutoria, lo cual dependerá del régimen proteccionista que acoja dentro de su ordenamiento jurídico.

1.3.- Aspecto doctrinario

1.3.1.- En el marco nacional

El derecho de estabilidad laboral también ha sido objeto de análisis en la doctrina, de lo cual se puede rescatar aportes importantes, ya sea por la interpretación que el jurista efectúa sobre este derecho laboral, o de los comentarios y críticas que formulan a los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional sobre este derecho laboral

En primer lugar, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por Jorge Toyama Miyagusuku, quien explica de forma amplia y precisa los aspectos que abarca este derecho laboral, así como el sistema que predomina en nuestro país:

“Como se anota en la doctrina, la estabilidad laboral tiene dos manifestaciones:

- a) Estabilidad de entrada. Es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo el trabajador tiene protección en la terminación del contrato. En los contratos de trabajo hay estabilidad laboral entrada una vez superado el período de prueba (como regla es de tres meses, salvo en los casos de los trabajadores de confianza y de dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente).
- b) Estabilidad de salida. Es la producción frente al término de la relación laboral y esta solamente puede darse por causales taxativas. Sin embargo, es necesario reconocer los dos tipos de estabilidad de salida: absoluta (que conlleva la reposición) o relativa (que importa protecciones distintas como la indemnización, remuneración devengadas, etc.). Esta última manifestación de estabilidad puede ser propia o impropia.

Será propia cuando se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva. El trabajador demanda la nulidad del despido y el juez otorga la indemnización por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más intereses. Sin embargo, no existe

obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto. Hay entonces, reposición ficta pero no efectiva.

Por su parte, será impropia cuando la protección es la indemnización.

Legalmente, el sistema que predomina en el Perú como regla es la estabilidad relativa impropia. La excepción es el caso de despido nulo (estabilidad absoluta), que solo se produce por causales expresas previstas en la ley. Como veremos, el TC ha ampliado los supuestos de reposición y, por ende, los casos de estabilidad relativa absoluta.” (Miyagusuku, 2015)

En esa línea, los investigadores de Gaceta Jurídica en el libro Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral indican que, la estabilidad laboral de entrada es una garantía jurídica presente desde el inicio de la relación laboral e implica que la duración del contrato de trabajo sea acorde con la naturaleza de las labores que desarrolla el trabajador.

En ese sentido, sostienen que, si nos encontramos ante una actividad de naturaleza permanente, corresponderá la suscripción de un contrato a plazo indefinido, mientras que, si se está frente a una actividad de naturaleza temporal existirá la opción de suscribir un contrato de duración determinada.

Mientras que, la estabilidad laboral de salida es la protección frente al término de la relación laboral, lo cual implica la permanencia del vínculo laboral, salvo que se produzca una causa justa para su cese. En donde, dependiendo de su eficacia protectora, la misma puede ser calificada como absoluta -cuando conlleva a la reposición laboral-, o relativa -cuando implica protecciones distintas, como la indemnización- (Salas & al, 2016).

El profesor Javier Neves Mujica al referirse al derecho de estabilidad en el trabajo, indica que éste se encuentra reconocido en nuestra Constitución Política de 1993 como un derecho de preceptividad aplazada, ya que resulta que se impone un mandato al legislador para que establezca la adecuada protección frente al despido arbitrario.

Ahora bien, sobre este punto, nace el siguiente dilema: Si, partimos de la premisa de que, en virtud del derecho a la conservación del empleo, dicha tutela alcanza al despido arbitrario, o no; toda vez que, el dilema se plantea porque el artículo 22 de nuestra vigente Constitución Política lo permite, pero el artículo 27 no, entonces, ¿Puede dejarse de lado el artículo 27 y acudir únicamente al 22, o debe interpretarse en conjunto ambos preceptos, aunque dicha lectura conduzca a un resultado restrictivo para la protección del derecho al trabajo?.

Al respecto, el profesor Neves Mujica sostiene que debe optarse por la primera postura, en tanto, si dos preceptos constitucionales tienen contenidos parcialmente superpuestos, y uno de ellos resulta exigible inmediatamente, mientras el otro no, de esta forma es que debe optarse por el primero, ya que éste conduce a la preceptividad inmediata del derecho a la conservación del empleo, y no por el de eficacia progresiva (Mujica, Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de estabilidad en el trabajo, 2001).

Asimismo, de forma concreta sostiene que el derecho de estabilidad laboral comprende dos aspectos: *“la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la determinada, que se plasma en la autorización de celebrar contratos temporales sólo para cubrir labores de esa naturaleza (la llamada estabilidad de entrada); y la ya mencionada prohibición del despido injustificado (la llamada estabilidad de salida).”* (Mujica, Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de estabilidad en el trabajo, 2001).

Por otro lado, corresponde indicar que doctrinariamente existe uniformidad en señalar que el derecho de estabilidad laboral es una manifestación del principio de continuidad. En ese sentido, en palabras de Américo Pla Rodríguez: *“(...) la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”* (Rodríguez, 1998).

Así también, indica que el mencionado principio implica los siguientes alcances: *“1) preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) amplitud para las transformaciones del contrato; (...)”*, bajo esta premisa indica que: *“(...) la continuidad se impone sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución”* (Rodríguez, 1998).

En efecto, tal como indica Carlos Blancas Bustamante citando al profesor uruguayo antes citado: *“la estabilidad se basa o fundamenta en el principio de continuidad, pero no se confunde ni identifica con éste, del cual viene a ser una expresión concreta vinculada a aquella “resistencia” a la disolución de la relación laboral por acto unilateral del empleador, en que consiste uno de los aspectos de aquel principio.”* (Bustamante, 2013).

Finalmente, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por Tulio Obregón Sevillano quien critica la rigidez de la regulación laboral, lo cual se produjo con las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, que coloquialmente son conocidos como los casos FETRATEL y Eusebio Llanos.

Al respecto, indica que, es una consecuencia lógica que uno de los factores de la alta tasa de informalidad laboral es la excesiva rigidez de las normas laborales, sobre todo en el aspecto de la reincorporación laboral; siendo así, dentro de nuestro ordenamiento jurídico debe regir

una estabilidad laboral relativa impropia, y sólo en determinados casos la estabilidad laboral absoluta (Sevillano, 2016).

Asimismo, Cesar Puntriano sostiene que a raíz de las polémicas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2002, mediante la cual se modificó la regulación sobre protección contra el despido arbitrario habilitando así la reposición en el empleo de forma alternativa al pago de la indemnización por despido, generó esto un fenómeno denominado amparización laboral, lo cual tuvo bastante fuerza por mucho tiempo, debido a la inoperancia de la justicia laboral, puesto que los procesos laborales demoraba cinco años en ser resueltos.

Sin embargo, este panorama cambió con la NLPT, tal es así que, el Supremo Tribunal en el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral realizado en mayo del año 2012, los magistrados que conforman las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, a raíz de la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo-Ley 29497 (NLPT), acordaron la competencia de los jueces laborales para conocer aquellas demandas de reposición en las que se alegue que el cese obedeció a un despido incausado o fraudulento.

Produciéndose de esta forma un nuevo proceso denominado la desamparización de la justicia laboral, en donde, es el proceso ordinario que toma importancia para la dilucidación de pretensiones de reincorporación laboral. Siendo así, Cesar Puntriano también sostiene que si bien es contrario a la posición formulada por el Tribunal Constitucional, en el sentido que la reposición proceda en casos distintos al despido nulo, puesto que para él, la indemnización tarifada por despido arbitrario previsto en la norma es un medio de reparación acorde a la Constitución.

Correspondiendo de esta forma que las demandas de reposición laboral se ventilen en el proceso, mientras que el proceso de amparo quede únicamente para la protección de los derechos inespecíficos laborales (Rosas, 2018).

1.3.2.- En el marco internacional

La doctrina internacional no ha sido ajena al análisis del derecho de estabilidad en el trabajo. En ese sentido, De Ferrari sostiene que, la subsistencia de la relación del trabajo frente a contingencias como la enfermedad, el embarazo, el accidente, la huelga produce la materialización del principio que él denomina de “estabilidad”. (Francisco, 1977)

El autor en comento refiere que:

“(…) mientras que la idea de estabilidad es una concepción jurídica que encuentra diversas aplicaciones durante la vida de la relación de trabajo para prolongar su duración, el concepto de “propiedad del empleo” tiene un contenido económico y se refiere, principalmente, a la seguridad a que tiene derecho el trabajador que pierde su empleo” (Francisco, 1977)

Por su parte, Ramírez Bosco encuentra el fundamento de la estabilidad laboral en la continuidad de la empresa, como operación económica y sus efectos sobre el trabajo, así como la colocación indeterminada del trabajador en dicha estructura. Siendo así, sostiene que:

“(…) la mayor parte de los trabajadores pueden razonablemente tener una expectativa de permanencia en su puesto de trabajo, es así que, la estabilidad es la expectativa de permanencia jurídicamente garantizada, o reordenando los términos con afán de precisión, la garantía jurídica que se da a la expectativa fundada de permanencia.

(…) La naturaleza indeterminada en el tiempo que tiene la moderna actividad empresarial es la que genera en el trabajador la legítima aspiración a permanecer a su servicio, mientras no surjan razones objetivas para terminar su vínculo con ella.” (Bosco, 1986)

En ese sentido, estas reflexiones nos permiten vincular la estabilidad laboral como expresión del principio de continuidad con otras concretas manifestaciones de dicho principio, como sería la preferencia por los contratos de trabajo a plazo indefinido.

Por otro lado, el profesor De la Cueva sobre el derecho de estabilidad laboral indica que:

“la estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte de estas modalidades es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía; si esta seguridad falta, la estabilidad sería de mera ilusión”. (Y De la Rosa, 1964)

De esta forma, resulta claro que la estabilidad laboral es una manifestación del principio de continuidad, que, si bien puede tener diversos fundamentos, resulta ser un común denominador el hecho que se encuentra direccionado no sólo a la permanencia del trabajador de forma indefinida en el puesto de trabajo, sino también que el término del vínculo laboral sea por causa justa.

Es así que, ante un despido arbitrario o injustificado, sin centrarnos en la denominación que se le quiera asignar a estos tipos de despidos, el derecho de estabilidad laboral permite establecer una determinada eficacia protectora.

Sobre ello, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por Carlos Blancas Bustamante, quien citando a Ramírez Bosco indica:

“Si la estabilidad en el trabajo tiene como característica fundamental la de permitir el despido sólo cuando existe una causa justa, lo que equivale a decir que lo prohíbe cuando ésta no existe o no se demuestra, resulta lógico, y jurídico, que deba prever remedios eficaces para el caso en que dicha prohibición sea ignorada por el empleador en perjuicio de trabajador. De no ser así, la estabilidad no

sería propiamente un derecho, quedando en la categoría de un principio o enunciado general, desprovisto de medios adecuados para asegurar su eficacia. Anota, por ello, Ramírez Bosco que “La forma en que el derecho reacciona contra el despido mal fundado, o sea, la protección que dé a la permanencia del trabajador, debe por necesidad consistir en una sanción que se aplique al empleador que actuó antijurídicamente” (Bustamante, 2013)

Bajo este orden de ideas, es que nos permite entender la clasificación de la estabilidad laboral, entendiéndose por estabilidad laboral relativa en palabras De la Cueva: *“cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a resolver la relación de trabajo, por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de una indemnización”* (Y De la Rosa, El nuevo derecho mexicano del trabajo, 1978).

Por su parte, De Buen indica: *“la estabilidad laboral es relativa cuando, en determinados casos, el patrón puede separar al trabajador, sin que éste tenga la posibilidad de ser reinstalado, aunque la ley le otorgue esa acción, en virtud de que el patrón quede facultado para optar por el pago de una indemnización”* (Lozano, 1981).

Con dicho concepto Pla Rodríguez coincide, para lo cual manifiesta que: *“La estabilidad relativa, en cambio, se configura en los restantes casos en que existe protección contra el despido, pero ella no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador”* (Rodríguez, 1998).

Asimismo, sobre la estabilidad laboral relativa, Bronstein refiere que: *“(…) el empleador, debe, en principio invocar una justa causa como condición para denunciar el contrato de trabajo. Sin embargo, esta condición no es inexcusable, pues en su ausencia la legislación tratará a la terminación como un despido injustificado pero válido, y obligará al empleador a pagar una indemnización”* (Arturo, 1990)

Ahora bien, respecto a la estabilidad laboral absoluta, Ramírez Bosco indica que: *“(…) la estabilidad absoluta lo que dispone no es la ilicitud indemnizable del despido injusto sino su nulidad, de la cual resulta que el contrato no se disuelve, sino que se mantiene.”* (Bosco, 1986)

Por su lado, Vásquez Vialard intenta plantear una subclasificación de la estabilidad laboral absoluta entre las que denomina “con efectos plenos” y “con efectos menos plenos”. Al respecto, la estabilidad laboral absoluta con efectos plenos es que aquella en que el empleador no puede negarse a reinstalar al trabajador en su cargo; mientras que, la estabilidad laboral absoluta con efectos menos plenos coincide con la anterior en que la decisión del empleador que impone la resolución del contrato es nula, por lo tanto no produce el efecto deseado, pero se diferencia en el sentido que el juez no puede disponer compulsivamente la reincorporación laboral, por lo que, hasta que se haga, el empleador tiene que abonar en concepto de indemnización el importe de los salarios que se hubieran devengado de no mediar su incumplimiento (Vialard, 1989).

Asimismo, sobre la estabilidad laboral absoluta, el profesor brasileño Russomano, quien cuestiona la distinción entre estabilidad relativa y absoluta, excluyendo a la primera del concepto de estabilidad laboral indica: *“No consideramos que un sistema de derecho positivo que sancione el despido injusto y que obligue al empresario en tal caso al pago de una indemnización consagre el principio de estabilidad”* (Mozart, 1981)

En esa línea, Monereo Pérez y Vida Soria señalan: *“la estabilidad laboral real es esta verdadera estabilidad, que se realiza instrumentalmente mediante la readmisión como remedio principal contra el despido ilegítimo, sin que la misma pueda ser sustituida por un sistema de indemnización de resarcimiento, lo que supondría degradar los mecanismos de tutela de la estabilidad a un mero modo de ser de libre resolución indemnizada del contrato de trabajo”* (Perez & Vida, 1994).

1.4.- Opinión personal

En el presente subcapítulo se ha procedido analizar ampliamente el derecho a la estabilidad del trabajo desde el punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinario, tanto a nivel nacional, como internacional, advirtiéndose que, el derecho de estabilidad laboral tiene puede ser de entrada y de salida, en donde esta última puede ser absoluta y relativa, y esta última propia e impropia.

En ese sentido, observamos del análisis legislativo que, nuestra Constitución Política de 1979 recogía de forma expresa la estabilidad laboral absoluta, mientras que nuestra vigente Constitución Política de 1993 recoge la estabilidad laboral relativa -no de forma expresa-, lo cual fue producto del proceso de flexibilización laboral que surgió en nuestro país en la década de los 90’.

De esta manera, la norma constitucional programática -artículo 27 de la Constitución Política de 1993- ha delegado al legislador la labor de establecer la adecuada protección contra el despido arbitrario, quien ha optado por la estabilidad laboral relativa, dicho extremo ha sido objeto de interpretación por nuestro Tribunal Constitucional, en donde se marca un hito en la historia, puesto que éste Colegiado Supremo ha construido por varios años un criterio unánime sobre la protección de la estabilidad laboral del trabajador, ordenando en diversos procesos de amparo la reincorporación de labores; sin embargo, actualmente hay discrepancia respecto a esta forma de protección, en tanto, desde hace varios años se está realizando un proceso de desamparización laboral.

En este extremo, mi opinión personal se ciñe en señalar que con las sentencias recaídas en los procesos de amparo que coloquialmente son conocidos como casos FETRATEL y Eusebio Llanos, jurisprudencial se realizó un cambio transcendental sobre el sistema protector frente a un despido sin que medie causa justa, sin importar la denominación del despido. Sin embargo, desde el año 2005 hubo un cambio de criterio jurisprudencial, puesto que, de pasar de una eficacia restitutoria tanto en trabajadores del

sector público como en el sector privado, con el precedente Huatuco se optó por la eficacia resarcitoria dentro del sector público, dando así prioridad a la carrera administrativa como bien jurídico constitucional.

Asimismo, se advierte que el derecho de estabilidad laboral tiene diversos fundamentos, puesto que, para algunos se funda en el derecho de permanencia del trabajador en el puesto de trabajo, para otros, su permanencia se encuentra vinculado a la permanencia de la empresa en el mercado laboral -punto de vista económica-. Sobre ello, en mi opinión, al ser el derecho de estabilidad laboral una manifestación del principio de continuidad como así unánimemente los doctrinarios lo han señalado, el derecho de estabilidad laboral inspira la permanencia del trabajador en el trabajo, en donde se debe optar por la preferencia de la contratación a plazo indeterminado, salvo excepciones señaladas en la ley, en donde se puede optar por la contratación a plazo fijo.

En este orden de ideas, el derecho de estabilidad laboral también garantiza que el trabajador sólo pueda ser despedido por causa justa. En este extremo, corresponde indicar que, a mi criterio no importa la denominación del despido, puesto que todo despido sin causa justa afecta indiscutiblemente un derecho específico laboral, que vendría a ser el derecho al trabajo, además del derecho a la dignidad humana -derecho inespecífico laboral-, entonces, el aceptar la eficacia resarcitoria como una forma de tutela ante un despido arbitrario, vaciaría de alguna forma el contenido esencial del derecho al trabajo, es más sería contradictorio con el principio tuitivo del derecho al trabajo, lo cual en un Estado Constitucional no resulta lógico, ni aceptable, ya que de esta manera se estaría admitiendo actos unilaterales del empleador, en donde sabiendo que afectan derechos fundamentales de sus trabajadores, la legislación lo permita, y más aún, se otorgue una eficacia protectora no compatible con el principio tuitivo en que se inspira el derecho laboral.

En efecto, el derecho a la estabilidad en el trabajo es un derecho específico laboral, que se sustenta en la naturaleza tuitiva protrabajador, originada por la disparidad existente entre empleador y trabajador, el cual direcciona a garantizar la efectividad del contenido esencial del derecho al trabajo, que según la jurisprudencia constitucional abarca dos aspectos: i) acceso a un empleo, ii) derecho a ser despedido sólo por causa justa.

Finalmente, centrándonos en el tema que se busca investigar en el presente trabajo de investigación, dentro del sector público, el derecho de estabilidad laboral ha sido objeto de una modificación legislativa y jurisprudencial, siendo objeto de varias críticas, puesto que, al establecer en el precedente Huatuco ciertos requisitos para la admisión de la reincorporación laboral, no sólo desconoce el derecho de estabilidad en el trabajo, sino también que deja de lado el principio de primacía de la realidad. Es así que, en el subcapítulo siguiente se procederá a realizar un análisis mesurado del principio acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, a fin de entender de una mejor manera la colisión de principios que se busca resolver en torno a la reincorporación laboral de trabajadores en el sector público.

Consecuentemente, a criterio del autor, resulta pertinente indicar que, en nuestro país, muchas veces se le ha dado importancia a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, al entender que es el máximo intérprete de la Constitución; sin embargo, no debe perderse de vista que todos los operadores jurídicos son intérpretes de la Constitución. De esta forma, es que, la jurisprudencia debe rescatar lo que desarrolla la doctrina, que básicamente son opiniones y aportes de juristas especializados en la materia en donde realizan interpretación de las normas, para así sentar una interpretación de los preceptos normativos que apunte a la progresión de los derechos laborales, teniendo como base, que la dignidad humana es el punto de partida para garantizar la protección de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos laborales.

En esa línea, se advierte claramente que, a efecto de garantizar el derecho al trabajo de los servidores públicos, es importante definir los alcances de la estabilidad laboral, la cual no debería ser distinta entre los trabajadores del sector privado y público, que si bien ambos regímenes laborales tienen puntos distintos en base a los cuales se puede diferenciar, como es la razón de la contratación, en tanto, en el sector privado se contrata a personal que preste sus servicios para los intereses de un privado, que puede ser persona natural con negocio o persona jurídica; y en el sector público, la contratación de personal se da con el fin de brindar un servicio eficaz a la ciudadanía, ello no enerva el hecho que, ambos trabajadores buscan la permanencia en el trabajo, entendido éste como el medio para satisfacer sus necesidades básicas personales y familiares. De esta manera, es que, el nivel de protección de la estabilidad laboral debería ser la misma tanto en el sector privado, como en el público.

2.- Sobre el acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos

2.1.- Aspecto normativo

2.1.1.- En el marco nacional

2.1.1.1.- Constitución Política del Perú de 1979 y 1993

A fin de entender el marco legislativo de la carrera administrativa en nuestro país, resulta pertinente tener un alcance respecto de qué es la administración pública, toda vez que, este es el punto de partida para entender todos los conceptos que abarca el empleo público.

Siendo así, la administración pública nace a partir del principio de separación de poderes como consecuencia de la diferenciación de funciones entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial; sin embargo, su conceptualización no ha sido fácil de establecer, no habiendo uniformidad respecto a ella, ni tampoco de lo que debe abarcar.

Al respecto, Juan Carlos Moron señala:

“En general, la Administración Pública es el conjunto de organismos a cargo de la función administrativa. Pero no se

restringe al Poder Ejecutivo, pues también existe administración pública, en los otros poderes, en los organismos autónomos, en los municipios, en los gobiernos regionales, etc. Tampoco es sinónimo de estabilidad porque también está conformada por personas naturales y jurídicas, de origen privado, que asumen cometidos, o servicios públicos por autorización o concesión (...). La Administración Pública, como conjunto de entidades, se funda en una metáfora organicista, por la cual la administración es el cuerpo integralmente considerado, las entidades son sus diversos órganos, sus dependencias al interior de las entidades son las subdivisiones de los órganos, y, finalmente, las formas de vinculación entre ellas, constituyen un conjunto de relaciones inter administrativas (sistemas, jerarquías, descentralización, adscripción, tutela, control, etc)” (Urbina, 2018).

Por su parte, Piero Rojas refiere:

“La administración pública debe ser necesariamente vista como una forma de organización del poder público que actúa en ejercicio de potestad administrativa. Al ser poder público, posee otros elementos, como son su fin público, su servicio objetivo a los intereses generales, la necesidad de satisfacer los principios de eficacia y economía, aspectos que son predicables a todos los poderes públicos” (Vásquez, 2015)

De esta manera, se puede decir que la Administración Pública comprende los diversos órganos públicos que estructuran al Estado, los cuales realizan distintas actividades encaminadas a satisfacer fines colectivos. Asimismo, antes de entrar a desarrollar la regulación de la carrera administrativa en la Constitución Política de 1979 y 1993, resulta pertinente hacer referencia a qué se entiende por función pública, servidor y funcionario público; ya que ello nos permitirá tener un panorama sobre la regulación de la carrera administrativa en nuestro país.

Sobre el particular, como lo sostiene Cabrera, quien es citado por Luis Lalupú Sernaque:

“La función pública es el conjunto de actividades que se realizan o ejercen para el cumplimiento de los fines del Estado. Las mismas que son efectuadas por personas físicas, para los que se cuenta con la investidura correspondiente y que implica derechos, deberes y obligaciones o la actividad ejercida por un órgano público para realizar fines del Estado” (Sernaque, 2019).

Por su parte, César Landa sostiene que:

“(…) el TC ha precisado que el principio democrático, que organiza nuestra forma de vida en sociedad, es la que informa el régimen de la función pública, pues los servidores y funcionarios públicos están vinculados por los deberes

primordiales que según la Constitución debe cumplir el Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

En esa medida, son titulares de la función pública, los altos funcionarios a los que se alude en el artículo 39 de la Constitución, así como los servidores que están bajo los alcances de la carrera administrativa, que se ha reconocido como un bien constitucional” (Arroyo C. L., 2016)

Asimismo, del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por nuestro país el 04 de abril de 1997 se entiende por función pública, aquella actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Siendo así, de dicha conceptualización se infiere que dentro del personal al servicio de la Administración Pública pueden distinguirse, aquellas labores en donde se ejerce función pública, de aquellas en donde no. De esta forma, tal como lo indica Kenny Díaz, se puede distinguir entre funcionarios públicos y servidores públicos, sobre la base del criterio “función pública”; de tal manera que, quien la ejerza tendrá competencia o esté investido de esta, será considerado funcionario público.

Contrario sensu, aquel que no se encuentre dentro de la categoría mencionada, será un servidor público; sin embargo, dicho autor considera que incluso dentro de la primera categoría (funcionario público) se puede distinguir entre aquellos que ejercen la función por elección popular, de aquellos que acceden al cargo en base a un concurso público regulado por una ley especial, así como de aquellos que realicen función pública sobre la base de la confianza depositada por un funcionario de mayor jerarquía (Díaz, 2017).

Ahora bien, habiendo establecido ciertos apuntes preliminares a la carrera administrativa, y teniendo claro que el empleo público es un régimen laboral direccionado a contratar personal que brinde servicios a la ciudadanía, resulta indudable señalar que tras el restablecimiento de la democracia peruana con la Constitución Política de 1979 luego de la caída del gobierno militar se ha iniciado un largo proceso de transición de un Estado de Derecho Legal a un Estado de Derecho Constitucional, es más, algunos tratadistas apuntan a señalar que hoy en día nos encontramos en un nuevo proceso de transición, hacia un Estado de Derecho Convencional.

En efecto, de manera progresiva la Constitución Política ha dejado de ser concebida como una norma política, en donde reposa la

estructura del Estado, para ser considerada también como una norma jurídica, superior a las demás normas del ordenamiento jurídico peruano, conocida como ley de leyes, o norma suprema, tal como lo consagra el artículo 51 de nuestra vigente Constitución Política, que se inspira en el principio de supremacía constitucional.

En este orden de ideas, debe entenderse que, el régimen de los servidores al servicio del Estado de manera tradicional ha sido objeto de regulación por parte del Derecho Administrativo, que es regido por el principio de legalidad en los términos de un positivismo formalista, bajo el cual, los derechos de los servidores públicos nacen en la Ley.

Es así que, conforme se puede observar en la Constitución Política de 1979, que de igual manera que en la Constitución Política de 1993 hay un capítulo específico que desarrolla la función pública, claro está que, con cambios superficiales, pero en la misma línea de regulación constitucional.

De esta manera en la Constitución Política de 1979 en el artículo 59 se previó que: *“La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, así como los recursos contra las resoluciones que los afectan. No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta.”*

Y, en el artículo 61 se previó: *“Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.”*

En esa misma dirección, en nuestra Constitución Política de 1993 se ha establecido en su artículo 40 que *“La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...)”*. De esta forma, se puede advertir que nuestra vigente Constitución Política sigue la misma denominación que otorgo la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público respecto a los empleados que brindan sus servicios en la Administración Pública.

En este extremo, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por Juan Carlos Morón, que analiza el precepto constitucional establecido en el artículo 40 en comentario:

“a) En primer término, este artículo constitucional establece la reserva de la ley formal respecto a la regulación de los aspectos concernientes a la carrera administrativa, y a los

derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. Dicha posición se sustenta en un intento por preservar al cuerpo de servidores de la injerencia absoluta del grupo de funcionarios de confianza y en cargos políticos, en su regulación, por lo que se reserva para el cuerpo deliberadamente representativo de la comunidad la regulación de los aspectos medulares del servicio civil. Por lo tanto, el desarrollo de esta institución y del estatuto de los servidores públicos solo puede aprobarse por normas con rango formal de ley, y no por otras normas subalternas,

b) (...) la distinción constitucionalmente relevante entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y servidores públicos, y el régimen jurídico aplicable a la relación laboral propia de la actividad privada, aspectos que lamentablemente no han sido valorados por el intento fracasado de “laboralizar” el servicio civil, extrapolando a la relación funcional, principios, reglas y criterios ajeno al quehacer del servicio público. Si la relación funcional estuviera contenida en la relación laboral, ¿Qué sentido tendría un capítulo específico y diferenciado para los funcionarios públicos?,

c) Otro aspecto que se deriva directamente de la Constitución, es la necesaria uniformidad o unidad del régimen de la carrera administrativa, y no la pluralidad de carreras. El texto es claro al referirse a “la carrera administrativa” como institución, y no alude a la existencia de tantas carreras como el legislador quiera crear. Por el contrario, cuando el legislador constituyente quiere individualizar alguna carrera administrativa en función de la especialidad, lo hace expresamente, como cuando se refiere a los magistrados judiciales, a las Fuerzas Armadas, y la Policía Nacional (...)

d) La configuración constitucional de la carrera administrativa tiene como una institución jurídica, diferenciadas del Gobierno, como elemento indispensable para el funcionamiento eficiente y correcto de la Administración Pública. Nuestro Constituyente reconocer que para un equilibrado ejercicio de poder público resulta necesario contar con una carrera administrativa, entendida como el instrumento técnico permanente de administración de personal que le permita viabilizar el acceso igualitario a los cargos públicos, promover la profesionalización y la retención del núcleo estratégico de empleados públicos, en función de su desempeño, con el propósito de garantizar la eficacia y probidad de la Administración Pública (...)” (Urbina J. M., 2013)

De lo precedentemente expuesto, se deduce que en el precepto constitucional se delega al legislador la facultad de que mediante Ley regule el régimen público de la carrera administrativa, entendida ésta como el bien jurídico constitucional que permite el acceso a los puestos públicos en igualdad de condiciones, debiendo contener los principios, deberes, derechos y responsabilidades de los

trabajadores públicos; lo cual marcaría la diferencia con la regulación de la actividad laboral en el sector privado; puesto que si no, no habría razón que de forma específica haya un capítulo donde establezca la regulación de la función pública en nuestro país.

Aunado a ello, corresponde indicar que la diferenciación entre el régimen laboral público y privado se circunscribe también en el objeto de la contratación; es decir, en el régimen laboral privado se apunta a trabajar para los intereses de un tercero que vendría a ser una persona natural con negocio, o persona jurídica.

Mientras que, en el régimen laboral público, los servidores y funcionarios públicos están al servicio de la nación; es decir, prestan su labor efectiva para el bien de la sociedad, es por dicho motivo que últimamente el régimen laboral público apunta a enfatizar los principios de meritocracia y acceso a la funciones públicas en igualdad de condiciones, toda vez que, lo que se busca es la eficacia en el servicio, lo cual se logrará con la contratación de personal idóneo en el puesto que se requiere.

2.1.1.2.- Decreto Legislativo N° 276 y Ley N° 28175

Dentro del marco legal, en lo que, respecta a la carrera administrativa en nuestro país, se observa que, con fecha 25 de marzo de 1984 se promulga el Decreto Legislativo N° 276, denominado Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, teniendo como sustento el artículo 59 de la Constitución Política de 1979, teniendo como finalidad la regulación del ingreso, los derechos y deberes que correspondan a los servidores públicos.

En dicha norma, se indica que la carrera administrativa es la institución social que permite a los ciudadanos ejercer el derecho y el deber de brindar sus servicios a la nación, asegurando el desarrollo espiritual, moral, económico y material del servidor público, a base de méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones y dentro de una estructura uniforme de grupos ocupacionales y de niveles; tal como se puede desplegar del artículo primero del título preliminar de la norma en comento.

De esta manera es que, desde dicha norma, se señaló que la carrera administrativa es permanente y se rige por cuatro principios que son previstos en el artículo cuarto del Título Preliminar, del cual se puede rescatar el principio de igualdad de oportunidades -la cual nos interesa para la presente investigación-. De esta forma, es que, la norma en comento regula el ingreso, los derechos y deberes que les corresponden a los funcionarios y servidores públicos, haciendo referencia también a los servidores de carrera que prestan servicios de naturaleza permanente, y los servidores contratados para realizar labores administrativas de carácter permanente.

En esa línea, corresponde señalar que, desde el artículo octavo al décimo primero de la norma objeto de análisis, se regula la estructura de la carrera administrativa, señala que la misma se encuentra estructurada por grupos ocupacionales y niveles, precisando que los cargos no forman parte de la carrera administrativa. De esta forma, se establece que los grupos ocupacionales de la carrera administrativa está constituido por profesionales, técnicos y auxiliares; en donde, los primeros están constituidos por servidores con título profesional o grado académico reconocido por la Ley Universitaria; mientras que, el segundo grupo ocupacional se encuentra constituido por servidores con formación superior o universitaria incompleta, o capacitación tecnológica, o experiencia reconocida; y, el último grupo ocupacional, por aquellos servidores que tienen instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo; y, el último grupo ocupacional.

Asimismo, en el DL N° 276, en su artículo once se previó los criterios a tomar en cuenta para la progresión sucesiva en los niveles, es decir, los factores que son considerados para el ascenso dentro de la carrera administrativa, que son: a) Estudios de formación general y de capacitación específica o experiencia reconocida; b) Méritos individuales, adecuadamente evaluados; y c) Tiempo de permanencia en el nivel.

Por otro lado, en el capítulo II y III de la norma en comento, se procedió a regular lo concerniente al ingreso y ascenso en la carrera administrativa respectivamente; tales como, los requisitos para el ingreso a la carrera administrativa, la contratación de un servidor para realizar labores permanentes, el deber de las entidades públicas de planificar sus necesidades de personal en función del servicio y posibilidades presupuestales, así como, el deber de establecer programas de capacitación para cada nivel de carrera; y, las evaluaciones periódicas de los méritos individuales y desempeño en el cargo, lo cual resulta ser los factores determinantes de la calificación para el concurso público.

Posteriormente en los capítulos restantes del Título I del DL N° 276, se procedió al desarrollo legal del régimen disciplinario y término de la carrera administrativa, resultando pertinente indicar que la norma en comento mantiene su vigencia, pese a que, año más tarde en el año 2004 se promulgo la Ley Marco del Empleo Público.

En dicho contexto, el 19 de febrero del 2004 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley N° 28175, denominada Ley Marco del Empleo Público, la cual se encuentra vigente desde el 01 de enero del 2005, teniendo como propósito regular la prestación personal de servicios, subordinada y remunerada entre una entidad de la Administración Pública y un empleado público -mismo propósito que el DL N° 276-; debiéndose indicar también que la misma fue objeto

de un proceso de inconstitucionalidad, la cual fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, corresponde señalar que, dicha norma pone énfasis en el mérito y la capacidad para el ingreso al empleo público -principio de meritocracia-, así como para el ascenso, siendo un principio medular en la Administración Pública.

En efecto, del artículo primero del título preliminar, se puede resaltar la determinación de la Administración Pública debe respetar el Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad humana, para posteriormente en el artículo segundo y tercero del Título Preliminar se proceda a señalar los objetivos y el ámbito de aplicación de la citada norma.

En este extremo, resulta pertinente señalar que en el artículo cuarto del Título Preliminar se procedió a indicar cuáles son los principios del empleo público, entre los cuáles, podemos ubicar al principio de mérito y capacidad -meritocracia-, en el cual se inspira el principio de acceder a los puestos públicos en igualdad de condiciones, bajo el cual, se busca evitar la designación “dedocrática” de funciones y servidores públicos que no cuentan con el perfil que se requiere para el ejercicio del cargo, buscando la idoneidad de los servidores públicos, para así lograr la eficiencia del aparato público.

De esta manera, en el capítulo III del Título I (Relación Estado – Empleado), se observa la regulación de todo lo que concierne el acceso al empleo público, señalando que el mismo es mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas -principio de meritocracia e igualdad de condiciones en el acceso a los puestos públicos-; así como, los requisitos para la convocatoria y para postular, y, el procedimiento de selección, advirtiéndose que a diferencia de lo regulado en el DL N° 276 en el extremo que corresponde al acceso al empleo público, la Ley N° 28175 en su artículo nueve señala de forma expresa que la inobservancia de las normas que regulan el acceso al empleo público acarrea la vulneración del interés general e impide la existencia de una relación válida, por lo cual es nulo todo acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles y administrativa que ello genere.

Esta diferenciación resulta trascendental dentro del marco de la presente investigación, puesto que, con dicho precepto normativo se puede entender que se estaría habilitando la nulidad de cualquier ingreso que no haya observado las normas sobre el ingreso al empleo público, que básicamente se centran en el concurso público y abierto en base a los méritos y capacidad personal, lo cual podría entenderse que sería uno de los sustentos del criterio establecido en el precedente Huatuco, aunque así no lo haya señalado el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, la Ley en comento en los capítulos subsiguientes se procedió a regular lo relacionado a la gestión en el empleo público, debido a que, uno de los objetivos y principios de la norma analizada es el principio de modernidad. Asimismo, se procede a regular los derechos y deberes de los empleados públicos, el régimen disciplinario, entre otros aspectos que no resultan de relevancia para el tema de investigación.

2.1.1.3.- Decreto Legislativo N° 1057

Al respecto, conforme lo indica la Autoridad Nacional de Servicio Civil en el informe que elaboraron en el año 2017, el régimen especial de contratación administrativa de servicios -CAS- fue creado en el año 2008 para solucionar la problemática generada por la propagación de los servicios no personales en el sector público, modalidad contractual establecida en los años 90' como respuesta a las restricciones presupuestales impuestas a la contratación de nuevo personal, con el objetivo de ahorrar costos laborales y acceder a un sistema de contratación más flexible en el sector público (Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2017).

De esta manera, el régimen CAS se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y sus modificatorias, en donde se indica que su objetivo es garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública. En este extremo, corresponde precisar que el CAS surgió como un régimen temporal, que progresivamente debe ser sustituido por el régimen regulado por la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil.

En ese sentido, lo resaltante del régimen CAS que se puede rescatar es el hecho que éste régimen de naturaleza transitoria -lo cual está desnaturalizado puesto que desde el año 2008 es aplicable hasta la actualidad, transcurriendo doce años desde su vigencia- le otorga importancia al principio de meritocracia, observándose que dicho principio se ha mantenido habilitado en todas las normas del régimen público laboral; indicando también que éste régimen especial ha sido objeto de una demanda de inconstitucionalidad, en donde, el Tribunal Constitucional ha reafirmado su constitucionalidad.

2.1.1.4.- Ley N° 30057

Conforme se ha señalado en líneas precedentes, es una realidad que, en el sector público el Estado en su posición de empleador desde la década de los 90' ha venido utilizando para la contratación de personal los contratos modales previstos en el régimen laboral del DL N° 728, así como la figura de la locación de servicios o servicios no personales, ello paralelamente con la contratación bajo las normas del DL N° 276, y CAS.

En ese contexto, es que, con el afán de establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades

públicas del Estado, el 04 de julio del 2013 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 30057, siendo reglamentada por el DS N° 040-2014-PCM. Sin embargo, dicha norma todavía no se aplica en su integridad, y únicamente se viene aplicando las normas relativas a los procedimientos administrativos disciplinarios, y no en lo que corresponde al acceso al empleo público -que es la materia que nos interesa-; ello debido a diversos factores, entre los cuáles esta la resistencia del personal público de determinadas entidades del Estado, a manera de ejemplo: Poder Judicial, quienes tras constante luchas sindicales han obtenido la emisión de la Ley N° 30745 – Ley de la Carrera del Trabajador Judicial.

Pese a ello, se puede observar dentro del cuerpo normativo de la Ley en comento, que lo destacable de esta norma es que establece como principios medulares el de igualdad de oportunidades y el de mérito -que reposa en el artículo III del Título Preliminar-, los cuáles se hacen presentes tanto en el acceso, como en la permanencia y progresión del servicio civil.

En efecto, dicho principio del servicio civil permitirá el reclutamiento de los mejores empleados públicos, a fin de hacer más eficiente, transparente y eficaz el servicio público que ofrecen. De esta manera, en la norma objeto de análisis, en el capítulo I del Título III – Del Régimen del Servicio Civil, se procede a regular todas las aristas que abarca la incorporación al servicio civil.

Indicándose que, el proceso de selección tiene como finalidad seleccionar a las personas más idóneas para el puesto en base al mérito, competencia y transparencia, garantizando la igualdad en el acceso a la función pública, además de indicar los requisitos para la postulación, advirtiéndose la gran importancia de estos principios del servicio civil.

2.1.1.5.- Decreto de Urgencia N° 016-2020

El 30 de septiembre del 2019 fue un día histórico en nuestro país, debido a que, es el día en que el Presidente de La República Martín Alberto Vizcarra Cornejo dispone mediante DS N° 165-2019-PCM la disolución del Congreso de La República del Perú, por haber considerado que habían denegado fácticamente una cuestión de confianza planteada por su Consejo de Ministros, cuestión de confianza que fue la tercera presentada por un premier bajo su Gobierno, la cuarta en el período del Gobierno 2016-2021 y la segunda es ser denegada.

La adoptada decisión se amparó en lo dispuesto por el artículo 134 de nuestra Constitución Política Vigente, generando reacciones distintas en el medio político, televisivo y de la sociedad peruana, en donde constitucionalistas, políticos, funcionarios públicos, y peruanos en general marcaban y defendían su posición, ya que, por

un lado, se señalaba que tal decisión era inconstitucional, mientras que, por el otro, que sí era constitucional.

En este contexto, uno de las reacciones inmediatas que se produjo es que los ex congresistas Salvador Heresi, Angel Neyra Olaychea y Marisol Espinoza presentaron sendas demandas de amparo contra el acto de disolución del congreso, alegando violación a sus derechos constitucionales, las mismas que, a fines del mes de octubre del año 2019 fueron declaradas improcedentes por los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Asimismo, el 10 de octubre del 2019, el ex Presidente de la Comisión Permanente, Pedro Olaechea interpuso una demanda competencial ante el Tribunal Constitucional, cuya petición principal era que se declare la nulidad del acto de disolución del Congreso contenido en el Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, es así que, el máximo intérprete de la Constitución el 14 de Enero del 2020 debatió las materias propuestas a su conocimiento, y por mayoría -cuatro votos contra tres- declaró infundada la demanda competencial, y por ende constitucional el acto de disolución del Congreso de La República del Perú.

En efecto, en este nuevo contexto político, y organizacional del Estado, es que, de conformidad con el artículo 135 de nuestra Constitución Política de 1993 -vigente-, durante el tiempo de interregno parlamentario el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

Es así que, el 23 de enero del 2020, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y con el cargo de dar cuenta a la Comisión Permanente para que lo examine y lo eleve al Congreso, una vez que éste se instale; se publica en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto de Urgencia N° 016-2020 – Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de Recursos Humanos del Sector Público.

En ese sentido, es que, tal como la norma en comento lo señala, su objetivo es establecer medidas en materia de los Recursos Humanos, a efectos de regular el ingreso de los servidores a las entidades del Sector Público; y, garantizar una correcta gestión y administración de la Planilla Única de Pago del Sector Público.

En esa línea, en su artículo segundo se establece determinadas reglas para el ingreso a las entidades del Sector Público, en donde primordialmente se indica que se debe realizar a través de un concurso público en estricto cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y complementarias vigentes, que regulan la

contratación de personal, así como las normas de ingreso de personal de cada Sector.

Mientras que, en su artículo tercero establece ciertas directrices respecto al ingreso por mandato judicial a las entidades del Sector Público. Sobre el particular, se indica que, los mandatos judiciales que ordenen la reincorporación laboral, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante, o la forma en que esta se haya realizado, se debe observar lo siguiente:

“1. Sólo puede efectuarse en la entidad del Sector Público que fue parte demandada en el proceso judicial.

2. Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada.

3. Para el caso de reconocimiento de vínculo laboral dispuesto por sentencia judicial, el demandante debe ser incorporado al régimen laboral vigente que corresponda a la Entidad. El cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público.

(...)

3.3 Cuando no sea posible proceder conforme a lo establecido en el numeral 3.1 del presente artículo, se toman en cuenta las siguientes reglas:

1. Dentro de un proceso judicial en trámite sobre reposición, reincorporación o reconocimiento de vínculo laboral, el juez de oficio o a pedido de parte dispone la indemnización prevista en el inciso 3 del presente numeral 3.3. Asimismo, en ejecución de sentencia, previo traslado a las partes, el juez puede excepcionalmente disponer la indemnización prevista en el inciso 3 del presente numeral 3.3 por lo dispuesto en la sentencia.

2. No puede solicitarse conjuntamente, sea en sede administrativa y/o judicial, la reposición, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral y la indemnización establecida en el inciso 3 del presente numeral 3.3, así se trate de pretensiones subordinadas. Cuando la servidora pública o el servidor público solicite el pago de la indemnización, se excluye su pretensión de reposición, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral; y, viceversa. Se trata de pretensiones alternativas y excluyentes entre sí.

3. El pago de la indemnización establecida equivale a una compensación económica y media mensual o remuneración y media mensual por cada año completo de prestación de servicios, según corresponda al régimen laboral al que pertenezca, hasta un tope de doce (12) compensaciones económicas o remuneraciones mensuales. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos. No procede la

indemnización en el caso de las servidoras públicas o los servidores públicos de confianza. El otorgamiento de la indemnización excluye la posibilidad de ordenar la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral.

4. Para el cálculo de la indemnización a que se refiere el inciso 3 del presente numeral 3.3, se debe tomar como referencia la última remuneración mensual o compensación económica percibida por el demandante en la entidad en la cual ha laborado o ha prestado servicios." (Diario Oficial "El Peruano", 2020)

Asimismo, en su artículo cuarto se previó de forma expresa que, se encuentra prohibido el ingreso, contratación o nombramiento de servidores públicos bajo el régimen laboral del DL N° 276. En ese sentido, señala que, las entidades del Sector Público sujetas al régimen del DL N° 276 que requieran contratar personal efectúan dicha contratación únicamente a través del contrato administrativo de servicios, regulado por el DL N° 1057 -Régimen CAS-.

Así también, otro cambio legislativo que realiza la norma en comento, es que en su única disposición complementaria derogatoria prevé la derogación de la Ley N° 24041, Ley que regulaba que los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no podían ser cesados, ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él.

Ahora bien, habiendo rescatado de la norma objeto de análisis los puntos más trascendentales en que respecta al ingreso y permanencia al empleo público, corresponde indicar que la misma ha sido objeto de diversas críticas no sólo por doctrinarios, y la prensa nacional, sino también por magistrados laboristas, tal es así, que un común denominador de estos es señalar que el decreto de urgencia en sí vendría a ser la positivización del precedente huatuco, pero en versión mejorada con el fin de desconocer principios y derechos laborales.

En ese orden de ideas, indican también que, en la norma en comento han procedido a incorporar un nuevo elemento a configurar para ser beneficiario de tutela cautelar, en donde se ha adicionado a los elementos de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y la adecuación de la medida, el hecho que el trabajador deberá demostrar también los tres requisitos para las reincorporaciones laborales, que es el ingreso por concurso público a una plaza presupuesta e indeterminada.

Ante ello, de no ser posible acreditar estos elementos, el decreto de urgencia establece que el juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá a favor del trabajador una indemnización, concepto que,

por su tratamiento normativo es equiparable a la indemnización por despido arbitrario contemplada en el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR. De esta manera, lo que se produce es un cambio sustancial en el petitorio, vulnerando de alguna manera el derecho de defensa y contradicción de las partes procesales.

Por otro lado, los críticos señalan que con el decreto de urgencia en análisis se ha procedido con cerrar temporalmente la contratación de personal para el Sector Público bajo el régimen del DL N° 276, reafirmando el régimen CAS; lo cual no sólo contradice la naturaleza del régimen CAS, puesto que con la Ley N° 30057 – Ley del SERVIR se busca la eliminación progresiva del régimen CAS, sino también dejar en desuso el régimen laboral público del DL N° 276, que se ha venido aplicando desde hace más de veinte años.

Inclusive, actualmente, la Octava Sala Laboral Permanente en la NLTP en una sentencia de vista emitida el 03 de marzo del 2020 aplicando control difuso ha inaplicado el inciso 3 del artículo 3 del decreto de urgencia citado, centrando básicamente su análisis en la progresión y protección de los derechos fundamentales laborales.

Bajo este orden de ideas, el Dr. Omar Toledo Toribio en un artículo elaborado para el portal jurídico “La Ley”, indicó que el DU N° 016-2020 colisiona con el principio-derecho de igualdad ante la ley; ya que, resulta evidente la desprotección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público que se encuentran sujetos a contratos civiles, y/o modales regulados estos últimos por el Decreto Legislativo N° 728, en contraposición de los trabajadores del sector privado a quienes no recae la aplicación de los requisitos establecidos en el DU comentado para obtener la reposición en su centro de trabajo.

También indica, que afecta el principio de primacía de la realidad y tuitivo del derecho laboral, en tanto, afecta la vigencia del principio de continuidad laboral para aquellos trabajadores de la administración pública que vienen siendo sometidos a contratos que su empleador impone. Además, se estaría vulnerando el principio de la condición más beneficiosa, pues se establece nuevas condiciones que perjudican al trabajador, y se resquebraja el principio de primacía de la realidad, pues se lesiona su naturaleza al establecer condiciones adicionales para la aplicación del mismo (Toribio, 2020).

Para finalmente, sostener que se estaría contraviniendo la doctrina de los actos propios, debido a que:

“El Estado no podría contradecir sus propios actos, puesto que, por un lado durante muchos años viene contratando personal bajo contratos civiles, contratos modales regulados en el Decreto Legislativo N° 728 y Contratos Administrativos de Servicios, sin convocar a concurso público para ocupar plazas de naturaleza permanente, situación que es de entera

responsabilidad de las entidades de la administración pública que utilizan esta política de contratación, generando una situación desigual entre los mismos servidores del Estado al utilizar en forma fraudulenta contratos civiles y modales cuando, en el plano de la realidad, por la naturaleza de las labores que realizan, corresponde un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y por otro lado, ahora se pretende implementar la exigencia de concurso público con el fin de desvirtuar los efectos jurídicos de la invalidez de la contratación civil o modal indebidamente utilizada. Esta conducta, contradice la teoría que ha sido resumida en el brocardo jurídico que reza “*Nemo propiam turpitudinem allegans auditur*”, esto es, de que nadie puede beneficiarse con sus propios errores.” (Toribio, 2020)

Por otro lado, corresponde señalar que, la Comisión Permanente aprobó el informe de evaluación sobre dicho decreto de urgencia, en donde la congresista Indira Huilca manifestó que el dispositivo legal desconoce lo establecido en el artículo 23 de nuestra Constitución Política de 1993 -vigente-. Asimismo, dentro del debate, el congresista Ángel Neyra advirtió la necesidad de cautelar el buen uso de los recursos públicos, porque -subrayó- que en los últimos 10 años se ha incrementado la planilla del Estado; y, el congresista Justiniano Apaza observó que dicho dispositivo legal afecta el derecho de progresividad de los trabajadores.

En efecto, dentro de esa facultad con la que goza el Poder Legislativo de realizar un control constitucional a nivel político de los decretos de urgencia que el Poder Ejecutivo haya emitido, prerrogativa que se encuentra reconocida en el inciso 19 del artículo 118 de nuestra Constitución Política, al señalar que el Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

En esa línea, es que, en el diario oficial “El Peruano” con fecha 23 de enero del 2021 se publicó la Ley N° 31115, mediante la cual el Congreso de La República deroga los artículos 2, 3, 4, 13, la cuarta disposición complementaria final y la única disposición derogatoria del Decreto de Urgencia N° 016-2020; disponiendo en su única disposición complementaria final la restitución de la Ley N° 24041, que disponía que los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados, ni destituidos, sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, y con sujeción al procedimiento establecido en él, así como el literal n) del numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 27.2 del artículo 27 del Decreto de Urgencia N° 014-2019, decreto de urgencia que aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2020.

En este orden de ideas, corresponde indicar que, actualmente los preceptos normativos que eran fuertemente criticados por

magistrados del Poder Judicial, juristas y servidores públicos se encuentran excluidos de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, ello no significa que la problemática que genera la aplicación de normas previstas para el régimen laboral privado en el régimen laboral pública; es decir la colisión de principios, como es el de meritocracia y primacía de la realidad no ha quedado resuelto, es más, aún se mantiene, justamente porque hasta la fecha se sigue dando en la práctica contratación de servidores públicos bajo las reglas del DL N° 728 y locación de servicios, sin que, previamente haya un concurso público de méritos, tal y como lo ha establecido el Tribunal Constitucional al momento de interpretar el artículo 40 de la Constitución Política y las demás normas propias del régimen laboral público, que regulan la forma de ingreso a la carrera administrativa, así como el énfasis que le pone al principio de meritocracia y acceso a la función pública en igualdad de condiciones.

A ello debe acotarse que, estando a la derogación que han sufrido justamente los artículos previstos en el DU N° 016-2020 que generaban la crítica por la alusión a principios como el de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, es que, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba los artículos 3, 4, la cuarta disposición complementaria final y la única disposición derogatoria del DU 016-2020 en el proceso de inconstitucionalidad tramitado en el Expediente N°00008-2020-PI/TC.

2.1.2.- En el marco internacional

2.1.2.1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sobre el principio de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos, corresponde señalar que, de la revisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se puede rescatar lo contenido en los artículos veintiuno y veintitrés.

En efecto, en dichos preceptos normativos se prevé que toda persona tiene el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país -artículo 21-, es así que, dentro del marco internacional este principio-derecho en comento tiene reconocimiento en un instrumento internacional, que nuestro país ha ratificado, formando de esta manera parte de nuestro ordenamiento jurídico, así como parte del llamado bloque de constitucionalidad, el cual abarca a toda norma de naturaleza jurídica, que sirve como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Constitucional como de los demás órganos jurisdiccionales.

Asimismo, en el instrumento internacional en comento, en su artículo 23, se reconoce que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo; es decir, a un trato equitativo, esto es, un trabajo en condiciones de igualdad, sin

discriminación alguna, pero precisando que no todo acto diferenciado debe ser calificado como discriminatorio, sino, sólo aquellos que no tengan una justificación objetiva.

2.1.2.2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención Americana de Derechos Humanos

Sobre el particular, en cuanto al derecho que nos corresponde analizar en este subcapítulo, de la revisión de estos dos instrumentos internacionales, se advierte que en los mismos no hay un reconocimiento expreso al derecho que se busca analizar, pero sí, prevén el derecho de igualdad ante la ley, el cual inspira el derecho de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos.

2.1.2.3.- Protocolo de San Salvador

Al respecto, este instrumento internacional, que también ha sido ratificado por nuestro país, en el mismo sentido que en los dos instrumentos internacionales citados precedentemente, tampoco recoge de forma expresa el derecho de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos, como sí lo ha realizado la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21.

Sin embargo, dentro de su cuerpo normativo, en el artículo 7 del Protocolo de San Salvador se observa que los Estados partes en dicho Protocolo, como es nuestro país reconocen que el derecho al trabajo, ya sea en el sector público -lo cual nos interesa-, como en el sector privado gocen del mismo en condiciones justas y equitativas.

Precepto normativo que en su inciso c) hace referencia a que las legislaciones nacionales de los Estados miembros tienen que reconocer el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

Es así que, del contenido de dicho apartado normativo se puede inferir que en ello se inspira no sólo el derecho de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos, sino también el principio de meritocracia, principio medular del régimen laboral pública, conforme hemos podido apreciar del análisis de las normas internas de nuestro país sobre la materia en comento.

2.1.2.4.- La Carta Iberoamericana de la Función Pública

Sobre el particular, corresponde señalar que dicho instrumento internacional ha sido emitido por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, que viene a ser un organismo público internacional de carácter intergubernamental, el cual fue constituido en 1972 por iniciativa de México, Perú y Venezuela.

En efecto, su creación fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la idea de establecer una entidad regional

que tuviera como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas, como un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social.

La misión del organismo público internacional en mención es promover el análisis y el intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la reforma del Estado y la modernización de la Administración Pública, mediante la organización de reuniones internacionales especializadas, la publicación de obras, la prestación de servicios de documentación e información, la realización de estudios e investigaciones y la ejecución de actividades de cooperación técnica entre sus países miembros y proveniente de otras regiones (Centro Latinoamericana de Administración para el Desarrollo, s.f.)

En ese sentido, corresponde señalar que, de la revisión de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, se observa que en su capítulo primero señala que las finalidades que persigue es:

“a) Definir las bases que configuran un sistema profesional y eficaz de función pública, entendiendo a éste como una pieza clave para la gobernabilidad democrática de las sociedades contemporáneas, y para la buena gestión pública; b) Configurar un marco genérico de principios rectores, políticas y mecanismos de gestión llamado a constituir un lenguaje común sobre la función pública en los países de la comunidad iberoamericana; y c) Servir como fuente de inspiración para las aplicaciones concretas, regulaciones, desarrollos y reformas que en cada caso resulten adecuadas para la mejora y modernización de los sistemas nacionales de función pública en dicho ámbito” (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2003).

Asimismo, proceden a establecer el concepto de función pública para efectos de marcar las directrices en dicho instrumento internacional, para ello, indican que:

“La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general.” (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2003).

En ese orden de ideas, resulta pertinente señalar que en su capítulo segundo se establece los principios que inspiran la carta en

comento, dentro de los cuáles podemos observar que reconoce el principio de la estabilidad del empleo público y protección frente a la destitución arbitraria. Así también, dentro de la relación de principios rectores que debe tener todo sistema de función pública, se reconoce al mérito, desempeño y capacidad como criterios orientadores del acceso, la carrera y las restantes políticas de recursos humanos -principio de meritocracia reconocido dentro de las normas del empleo público en nuestro ordenamiento jurídico-.

En esa línea, en el capítulo cuarto, en el instrumento internacional objeto de análisis se indicó que, la gestión de los procesos de acceso al empleo público se ha de llevar a cabo teniendo en cuenta un grupo determinado de principios, dentro de los cuales reconoce el principio de elegir al mejor candidato, de acuerdo al principio de mérito y capacidad.

De lo rescatado del documento internacional en comentario, se puede observar de manera firme, que nuestro país ha establecido las normas sobre el empleo público siguiendo las directrices marcadas en la Carta en comentario, dando énfasis al proceso de modernidad en la administración pública, y el principio de meritocracia en el acceso al empleo público, pero siendo cuestionable la regulación en cuanto a estabilidad del empleo público, y protección ante un despido injustificado.

2.1.2.5.- La Organización Internacional del Trabajo

Finalmente, la OIT como organismo internacional especializado en Derecho del Trabajo, dentro de su labor legislativa ha emitido el Convenio N° 151 – Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, dentro del cual, si bien no se hace referencia expresa al derecho de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, de su cuerpo normativo se advierte que este se encuentra direccionado al ejercicio del derecho de libertad sindical en la administración pública.

2.2.- Aspecto jurisprudencial

2.2.1.- En el marco nacional

2.2.1.1.- Expediente N° 0008-2005-PI/TC

El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución tuvo a su cargo la dilucidación del proceso de inconstitucional interpuesto por Juan José Gorriti y cinco mil ciudadanos contra diversos artículos de la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público. En ese sentido, es que, con fecha 12 de agosto del 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, emitieron la sentencia resolviendo dicho proceso de inconstitucionalidad, en donde declararon infundada la demanda objeto de análisis.

En ese sentido, los recurrentes plantearon la demanda de inconstitucionalidad indicando que los incisos 8 y 10 del artículo IV del Título Preliminar, artículo 15, inciso d) del artículo 16, e inciso c) del artículo 22 de la Ley N° 28175 resultan ser inconstitucionales, puesto que contravienen lo dispuesto en los artículos 26, 28 y 40 de nuestra Constitución Política de 1993.

En efecto, el Colegiado Supremo empieza su análisis realizando algunas consideraciones liminares acerca del derecho al trabajo, para posteriormente realizar un desarrollo doctrinario sobre los principios laborales constitucionales, entre los cuales hace referencia al principio del *indubio pro operario*, igualdad de oportunidades, e irrenunciabilidad de los derechos labores.

Asimismo, el Tribunal Constitucional como apuntes preliminares al meollo del asunto materia del proceso de inconstitucionalidad decide realizar un desarrollo doctrinario sobre los derechos colectivos laborales, tales como el derecho de libertad sindical, negociación colectiva y huelga. En donde, trata de anotar todas las aristas posibles que ello englobe, para sí iniciar con el análisis de la carrera administrativa como bien jurídico constitucional.

En efecto, el máximo intérprete de la Constitución señala que, el texto constitucional que reposa en el artículo 40 de la Constitución Política de 1993 reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores público, pero también que el ingreso a ella, los derechos, deberes y responsabilidades sean regulados por Ley, es así que se estaría frente a una norma constitucional de carácter programático -bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador-.

Finalmente, corresponde indicar que el Tribunal Constitucional procede a esbozar los fundamentos que sustentan su decisión de declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad, reafirmando la constitucionalidad de las normas impugnadas por el recurrentes; sin embargo, dicho análisis no será recogido en el presente trabajo de investigación, ya que, lo resaltante para el tema a investigar es lo concerniente al reconocimiento de la carrera administrativa como un bien jurídico constitucionalidad de carácter programático.

2.1.1.2.- Expediente N° 05057-2013-PA/TC

El 16 de abril del 2015, fue la fecha que marcó un hito en la historia de la jurisprudencia respecto a reincorporaciones laborales en el sector público, en tanto, se dio un cambio de 360 grados en lo que respecta al criterio jurisprudencial que nuestro Tribunal Constitucional venía predicando desde la década de los 90'. Dicho cambio ha sido objeto de análisis por especialistas en la materia, quienes algunos criticaban a favor, y otros en contra, lo cual ha servido como base para las introducciones legales que el Gobierno ha realizado con el Decreto de Urgencia N° 016-2020.

Sobre el particular, corresponde señalar que, se trata de un proceso de amparo interpuesto por una ex trabajadora del Poder Judicial que demandada al Poder Judicial, solicitando que se deje sin efecto legal alguno el despido incausado que había sufrido, pidiendo su inmediata reincorporación laboral en el puesto que venía desempeñando, que era el de secretaria judicial.

En ese sentido, la recurrente alegó que trabajó desde el 01 de julio del 2010 al 15 de noviembre del 2011 en virtud de contratos de trabajo sujeto a la modalidad de servicio específico, pese a ello sostiene que desde un inicio realizó labores permanentes, motivo por el cual sus contratos modales se encuentran desnaturalizados, alegando lesión a su derecho fundamental del trabajo y protección adecuada contra el despido arbitrario.

En efecto, el máximo intérprete de la Constitución inicia su análisis de la pretensión reclamada por la demandante, examinando la justificación de la emisión de un precedente vinculante, indicando que, el caso que es de su conocimiento tiene relevancia respecto a la interpretación de los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la carrera administrativa, razón por la cual, indican que resulta necesario sentar un precedente vinculante sobre dicha materia, ya que, sobre dicho asunto no existe un precedente vinculante anterior, sino jurisprudencia reiterada, expedida en mayoría.

Al respecto, el Colegiado Supremo indica que hay dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen laboral privado en el ámbito de la contratación del Estado, señalando que: i) Por un lado, está la posición de declarar la fundabilidad de las demandas de amparo en aquellos casos de extrabajadores con contratos modales o civiles en entidades públicas que son contratados bajo las reglas del régimen laboral privado, en donde se ordena su reincorporación laboral como trabajadores a plazo indeterminado, debido a la declaración de desnaturalización de sus contratos, por fraude laboral; y ii) Por otro lado, está la posición de que estas demandas de amparo debían de ser desestimadas argumentando que de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 28175, el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas.

En esa línea, el Tribunal Constitucional inicia la construcción de su criterio jurisprudencial que senda como precedente vinculante, señalando que el concepto de función pública debe ser entendida de forma amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado, razón por la cual. Asimismo, hace referencia a lo ya expuesto por dicho Colegiado en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC, respecto a

que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional, cuyo desarrollo esta delegado al legislador.

En ese sentido, respecto a la reserva de la ley para la regulación de la carrera administrativa, sostienen que la satisfacción de las exigencias que demanda el principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no implica únicamente a la Ley, sino que dicha reserva legal, debe ser entendida como un acto legislativo que no es omnicomprensia para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de Ley, puesto que se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones a los derechos constitucionales cuentan necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad.

En este orden de ideas, manifestaron que, de la regulación constitucional sobre la carrera administrativa, se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, es así que, por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal pueda regirse por el régimen laboral de la actividad privada, lo cual no significa que se convierta a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y peor aún, que se encuentren desvinculados de la función pública.

De esta manera, sostienen que el acceso a la función pública debe ser en condiciones de igualdad, que, si bien la Constitución Política no contiene un catálogo de derechos respecto al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, dicho derecho forma parte de nuestro ordenamiento constitucional, toda vez que, el sistema de derechos constitucionales está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado Peruano es parte.

Es así que, el máximo intérprete de la Constitución establece que, el contenido del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad implica: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso. Asimismo, determina que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general.

De esta manera, el Tribunal Constitucional señala que, en base a las razones precedentemente desarrolladas, existe razón suficiente para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

Sentando de esta manera el siguiente criterio en calidad de precedente vinculante:

“Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27° y 22° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.” (Precedente Vinculante Huatuco, 2015).

Al respecto, resulta pertinente indicar que en el mismo contenido textual de la sentencia objeto de análisis, ciertos magistrados del Tribunal Constitucional emitieron sus votos singulares, del cual, a efectos de la presente investigación resulta necesario rescatar el voto singular del magistrado Blume Fortini, quien manifiesta su desacuerdo respecto a la resolución que en mayoría han establecido como precedente vinculante.

Sobre ello, el magistrado en mención señala que, el precedente vinculante en comento es contrario a la línea jurisprudencial uniforme desarrollada por el Tribunal Constitucional desde hace más de 20 años, por lo que, eliminar el derecho a la reposición de los trabajadores del sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público, no sólo es contrario con la aplicación del principio de primacía de la realidad que el Tribunal Constitucional en sendas sentencias ha realizado, sino también, vacía el contenido del derecho al trabajo, y el derecho de la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Asimismo, indica que, el criterio desarrollo en este precedente vinculante convalida un eventual accionar abusivo, lesivo e irresponsable del Estado en la contratación pública laboral, perjudicando injustamente al trabajador y desconociendo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin tener en cuenta las graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida.

Y, porque desnaturaliza el sentido de la figura del precedente constitucional vinculante, no responde mínimamente al concepto de lo que debe entenderse por precedente constitucional vinculante, ni respeta las premisas básicas que se exigen para su aprobación (Precedente Vinculante Huatuco, 2015).

Por otro lado, corresponde señalar que el precedente Huatuco también ha sido objeto de críticas por especialistas en la materia, quienes han manifestado su disconformidad con él, añadiendo que contraviene el principio de progresividad de los derechos humanos, vaciando el contenido del derecho al trabajo, además de sancionar al empleado público, cuando la responsabilidad es únicamente de la institución pública, y como lo indicada el magistrado Omar Toledo Toribio, este precedente vinculante es una transgresión a la teoría de los actos propios, ya que, por un lado el Estado durante muchos años viene contratando personal bajo contratos civiles, contratos modales regulados en el DL N° 728 y CAS sin convocar a concurso público para ocupar plazas de naturaleza permanente, y por otro lado, pretenda implementar la exigencia de concurso público con el fin de desvirtuar los efectos jurídicos de la invalidez de la contratación civil o modal indebidamente utilizada.

2.1.1.3.- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de las reglas establecidas en el precedente Huatuco

En el marco de la aplicación del Precedente Huatuco, el Tribunal Constitucional el 23 de junio del 2016 emitió la sentencia recaída en el Expediente N° 06681-2013-PA/TC que resuelve en última instancia la demanda de amparo interpuesta por el señor Nilton Cruz Llamos contra la Municipalidad Distrital de Pátapo, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario que habría sido víctima, ordenándose su reincorporación laboral, manifestando que ingreso a laborar para dicha entidad el 20 de septiembre del 2010 hasta el 30 de abril del 2012, a través de la suscripción de contratos civiles, los cuales estarían desnaturalizados, vulnerándose así su derecho al trabajo.

Sobre el particular, el Colegiado Supremo tuvo a bien revisar si correspondía aplicar el precedente Huatuco puesto que en el mismo se habría hecho referencia a la función pública y carrera administrativa, generando confusión sobre los supuestos en que debe ser aplicado.

Al respecto, el Colegiado citado tiene a bien distinguir de forma más precisa entre función pública y carrera administrativa, indicando que, no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa, y que sólo a dicho último grupo de personas se les debe aplicar las reglas del Precedente Huatuco.

En esa línea, sostienen que, el bien jurídico que busca proteger el precedente Huatuco es la carrera administrativa, señalando que, al promover que el acceso, la permanencia y el ascenso sean bajo criterios de meritocracia, no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones, ya que por la

naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa.

De esta manera, el Tribunal Constitucional señala que, resulta claro indicar que el precedente Huatuco solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (caso Cruz Llamas, 2016).

En este extremo, también resulta pertinente hacer alusión al proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de La República seguido ante el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00029-2018-PI/TC, en donde se declara inconstitucional la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial; toda vez que, éste es un claro ejemplo de cómo entidades del Estado en donde se debe aplicar la Ley Servir, esto es, empezar con el proceso de transición a dicho régimen laboral público, los gremios sindicales con ayuda de congresistas buscan su exclusión de la misma, sin un sustento objetivo para ello.

En efecto, dicho proceso de inconstitucionalidad fue emitido recientemente el 20 de agosto del 2020, de manera preliminar, el máximo intérprete de la Constitución hace referencia a los alcances de la carrera administrativa según la Constitución, para lo cual, hace alusión a las sentencias desarrolladas por dicho Colegiado respecto a la carrera administrativa, así como las normas pertinentes al caso.

De esta forma, procede a realizar un desarrollo de la configuración legal de la carrera administrativa a través de la Ley Servir. En ese sentido, se indica que, la propia ley ha regulado en su Primera Disposición Complementaria Final, que determinados servidores se encuentran excluidos de sus alcances, lo cual responde a la naturaleza especial o particular de los servicios prestados al Estado y la existencia de las carreras especiales, cuya conformidad constitucional ha sido establecida de acuerdo con lo expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2013-PI/TC y acumulados.

En ese sentido, es que, el Tribunal Constitucional previo analizar la Ley impugnada, y en atención a los aspectos preliminares que desarrolla sobre la carrera administrativa, tiene a bien, hacer referencia a los pronunciamientos que han desarrollado sobre la constitucionalidad de la Ley Servir y su incidencia en la carrera administrativa. De esta manera, enfatiza que, en principio, la Ley del Servicio Civil debe ser aplicable a todos los servidores públicos; sin embargo, de forma excepcional se pueden plantear exclusiones, la cual debe estar razonablemente fundada en la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio.

Siendo ello así, el Tribunal Constitucional funda su decisión de declarar inconstitucional la Ley de la Carrera del Trabajador Judicial, señalando que, la misma busca un régimen exclusivo para los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial en el ámbito laboral y disciplinario.

Sin embargo, este Colegiado indica que un aspecto central a efectos del análisis de constitucionalidad por el fondo de la Ley impugnada se encuentra en la Segunda Disposición Complementaria Final, según la cual: *“los trabajadores de la carrera judicial, regulados por la presente ley, están excluidos de los alcances de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil”*.

En ese sentido, el artículo 30, literal “m”, ha establecido como un derecho de los trabajadores del Poder Judicial, integrar la carrera del trabajador judicial, diferenciada del régimen general del empleo público”.

De ello, se advierte que, la Ley impugnada excluye a los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial de los alcances de la Ley Servir; pero, la misma Ley omite pronunciarse respecto a la situación jurídica de los trabajadores del Poder Judicial al momento de su entrada en vigencia. Es así que, de una interpretación literal de la Segunda Disposición Complementaria Final antes citada nos conllevaría concluir que los efectos de la misma solo alcanzan a quienes se incorporen a la carrera por ella establecida.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional hace una comparación entre lo estipulado en la Ley impugnada y la Ley del Servicio Civil, concluyendo que se advierte que hay diferencias entre este régimen especial y el establecido por la Ley Servir; sin embargo, ello no significa que el primero sea manifiestamente inconstitucional.

Motivo por el cual, resulta necesario determinar que, la exclusión de los servidores del Poder Judicial del ámbito de la Ley Servir solo será legítima si se acredita la existencia de particularidades en la función y progresión en el ascenso; es decir, la naturaleza especial o la particularidad en la prestación del servicio.

En esa línea, dentro del análisis desarrollado por el Tribunal Constitucional, advierte que, las actividades administrativas son comunes a los distintos niveles y entidades del Estado, más allá de la lógica que diferencia respecto a las funciones asignadas de acuerdo a los fines y objetivos de cada institución pública.

Asimismo, indica que, aun cuando en el artículo 3 de la ley impugnada se hayan establecido niveles y escalas ocupacionales, dicha clasificación está referida a las condiciones de ingreso a la

carrera judicial, pero no a una progresión propiamente dicha, una vez que se haya entrado a esta. Agregando que, en la Ley impugnada no se han establecido los requisitos que los trabajadores deben cumplir para ser promovidos o ascendidos en dicha carrera especial.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional concluye que, dada la relevancia de la regulación de las condiciones de ascenso en una carrera administrativa, desde la perspectiva de la progresión, según lo interpretado por el Tribunal Constitucional como uno de los alcances de este bien jurídico constitucional, así como desde el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, concluye que lo establecido en la Ley impugnada no constituye una carrera administrativa, de acuerdo con las exigencias de la Constitución y con la interpretación vinculante del Colegiado en mención.

De todo lo antes dicho, se observa que, el Tribunal Constitucional actualmente tiene marcado su criterio respecto al bien jurídico constitucional de la carrera administrativa, enfatizando que la Ley del Servicio Civil, es la Ley que permite su efectividad, en tanto, lo que busca el Estado no sólo es unificar los regímenes laborales en el sector público, lo cual ha generado grandes problemas en materia de contratación laboral, produciendo colisión entre los principios del régimen laboral público y los principios generales del Derecho del Trabajo, sino también, marcar su posición de priorizar el principio de mérito sobre los principios generales del Derecho del Trabajo, garantizando de esta manera el acceso a la función pública en igualdad de condiciones; y que, sólo por criterios de especialidad o particularidad del servicios se puede justificar objetivamente la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley Servir.

2.1.1.4.- Pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la aplicación de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco

Al respecto, los órganos jurisdiccionales no han sido ajenos sobre la aplicación de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco, emitiendo pronunciamientos judiciales donde realizaban ciertas aclaraciones, precisiones sobre alcance, ello dentro de la autonomía jurisdiccional con la que cuentan.

En primer lugar, resulta pertinente traer a colación la sentencia recaída en la Casación N° 12475-2014-MOQUEGUA emitido por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República, en donde el Colegiado Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público del Poder Judicial interpuesto contra la sentencia de vista que confirma la sentencia de primera instancia interpuesta por el recurrente donde solicita su reposición laboral.

Siendo así, dicho caso resulta trascendental, en tanto, el Colegiado Supremo establece seis supuestos en los cuales no se aplica las reglas establecidas en el Precedente Huatuco:

- a) Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.
- b) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo 276 o de la Ley n° 24041.
- c) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- d) Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- e) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley n° 30057, Ley del Servicio Civil.
- f) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú.” (Portal Jurídico Pasión por el Derecho, 2016).

En efecto, conforme se indica en dicho artículo publicado en la página web del Portal Jurídico Pasión por el Derecho, dicha ejecutoria suprema se complementa con una anterior sentencia, que fue dictada por el mismo Colegiado Supremo en la Casación N° 11169-2014-LIMA, que en su considerando décimo segundo estableció que el precedente Huatuco tampoco resultaba aplicable a los casos de trabajadores con vínculo laboral vigente que demandaban la desnaturalización de sus respectivos contratos, precisando que al no existir terminación o ruptura del vínculo laboral, en puridad no se pretendía una reposición al puesto de trabajo, incumpléndose con el supuesto de hecho introducido en el precedente vinculante en mención (Portal Jurídico Pasión por el Derecho, 2016).

En esa línea, corresponde señalar que, en la sentencia recaída en la Casación N° 18032-2015-CALLAO, el mismo Colegiado Supremo precedentemente citado al resolver el recurso de casación interpuesto por el recurrente, señaló en su décimo primer considerando que, las reglas establecidas en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC se encuentran referidas a una pretensión en la que se ha discutido la desnaturalización de contratos temporal o civiles, y como consecuencia de ello se ha solicitado la reposición de un trabajador con vínculo laboral fenecido; es decir, sin vínculo laboral vigente.

Motivo por el cual, *contrario sensu*, cuando la discusión esté centrada en la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales

o civiles de un trabajador con vínculo laboral vigente, se considera que será procedente que el órgano jurisdiccional ampare la demanda si verifica el fraude en la contratación laboral, declarando la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado sin que esta decisión conceda al trabajador el derecho a la estabilidad laboral absoluta.

Por otro lado, corresponde señalar que, en la Casación N° 21082-2017-LIMA, el mismo Colegiado Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la demandada Autoridad Nacional del Agua – ANA contra la sentencia de vista que confirma la sentencia emitida en primera instancia que declara fundada en parte la demanda que interpone el actor.

En dicha casación laboral, se sentó en calidad de doctrina jurisprudencial que resulta importante plasmar la distinción sobre la aplicación de las reglas establecidas en el precedente Huatuco, el cual no resulta aplicable para la reposición de un trabajador que realiza función pública, pero que no forma parte de administración pública; es decir, que no se encuentre direccionado a la carrera administrativa.

En este orden de ideas, se puede advertir que la tan criticada sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC ha sido objeto de aclaraciones en cuanto al alcance de su aplicación no sólo por el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, sino también por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Asimismo, dentro de este análisis, resulta pertinente traer a colación a algunos casos en donde los órganos jurisdiccionales ordinarios dispusieron inaplicar lo dispuesto en el DU N° 016-2020, ello en aplicación de la técnica del *distinguish*. Al respecto, tenemos que, la Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima, en su sentencia de vista recaída en el Expediente N° 00653-2019, haciendo control difuso inaplicó el inciso 3 del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 016-2020, argumentando la defensa de los derechos laborales contemplados en la Constitución.

En efecto, el Colegiado en comento sustentó su decisión señalando que, al obligar que los jueces de trabajo previo a la declaración de la relación laboral -cuando esta se haya desnaturalizado- verifiquen que el trabajador accedió al empleo por concurso público, genera que haya una limitación de los derechos laborales establecidos en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú. Asimismo, indicó que, si por los incisos 3 y 8 del artículo 139 de la Constitución Política se estableció que un órgano jurisdiccional de trabajo puede declarar la desnaturalización de una relación laboral dentro del sector público -por aplicación del artículo 77 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728-, se podría advertir que la

aplicación literal del inciso 3) del artículo 3° del DU N°016-2020 conllevaría necesariamente a la convalidación de un fraude a la Constitución Política, pues por la sola limitación normativa de la variación del régimen laboral se restringiría el reconocimiento de los derechos laborales dentro de una relación jurídica conforme al artículo 23 de nuestra Constitución Política.

En efecto, esta no ha sido la única sentencia, en donde los órganos jurisdiccionales ordinarios han decidido con la técnica del *distinguish*, y aplicando el control difuso inaplicar el DU N° 016-2020, en lo concerniente al ingreso a la carrera administrativa por concurso público, puesto que a su criterio limitan la reposición de un trabajador en el sector público; para ello tenemos, las sentencias de vista emitidas por la Octava Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima en los Expedientes N° 00653-2019-0-1801-JR-LA-84 y N° 04895-2019-0-1801-JR-LA-85, así como en el Expediente 05816-2018-0-0903-JE-LA-02 emitido por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; la sentencia de vista emitida en el Expediente 04509-2019-0-0601-JR-LA-03 emitida por la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca; y la ejecutoria suprema emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de La República en la elevación en consulta resultado en el Expediente N° 9788-2020-LIMA NORTE.

Sobre estos pronunciamientos jurisdiccionales, corresponde indicar que, básicamente la inaplicación de los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016 - 2020, han sido producto de un análisis de control de constitucionalidad aplicando el control difuso, argumentando que, dichos preceptos normativos no sólo contravienen el principio de igualdad, protector, primacía de la realidad, y progresividad y no regresividad de los derechos humanos, sino también porque contraviene preceptos internacionales, tales como los artículos 8 y 23 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 25, 26 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 2 inciso 1, 5 inciso 2 y 6 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 6 inciso 1 y 7 literal d) del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, así como el Convenio N° 111, y el Convenio N° 122 de la Organización Internacional del Trabajo.

En ese sentido, también resulta pertinente hacer referencia al voto del magistrado Miranda Canales en el Expediente N° 02102-2019-PA/TC, mediante el cual el máximo intérprete de la Constitución ordena la reposición de un trabajador al Gobierno Regional del Cusco.

Al respecto, el magistrado en mención aprovecha la oportunidad para emitir pronunciamiento sobre los cuestionamientos que se le hace a determinados artículos del DU N° 016-2020, como son el artículo 2, 3 y la Única Disposición Complementaria Derogatoria, señalando que, es de la opinión que los criterios asumidos en el referido decreto de urgencia acogen lo señalado en el precedente Huatuco; sin embargo, desconocen el criterio asumido en la sentencia recaída en el Expediente N° 06681-2013-PA/TC, básicamente porque establecen de forma indistinta la exigencia previa del ingreso por concurso público y de una plaza presupuestada para los casos en los que el justiciable pretenda ser repuesto, sin tener en cuenta que, la exigencia del ingreso mediante concurso público de méritos únicamente es exigible para la carrera administrativa, teniendo presente que ello no es aplicable en otras modalidades de la función pública, como por ejemplo el caso de los obreros municipales, los trabajadores del régimen CAS, funcionarios de confianza, entre otros; precisando así que, no todos los trabajadores del sector público forman parte de la carrera administrativa, razón por la cual no podría exigirse las mismas condiciones, ya que ello afectaría el principio-derecho de igualdad.

Además de ello, el magistrado Miranda Canales indica que, se desnaturalizaría el principio de primacía de la realidad, toda vez que, el establecer que la reposición únicamente procederá en el mismo régimen laboral en el que el justiciable se desempeñaba antes de su despido, genera que, se desconozca que materialmente hay trabajadores a plazo determinado, o contratados bajo contratos de naturaleza civil, que realicen las mismas actividades que un trabajador bajo el régimen laboral de la actividad privada dentro del Estado, lo cual generaría que haya grupos de trabajadores con distintos derechos dentro del Estado.

En efecto, conforme se puede apreciar, el DU N° 016-2020 ha sido objeto de análisis por los órganos jurisdiccionales ordinarios, precisando que, a partir del 24 de enero del 2021, los artículos 2, 3, 4, 13, la Cuarta Disposición Complementaria Final y la Única Disposición Derogatoria han sido excluidas de nuestro ordenamiento jurídico al haber sido derogados por la Ley N° 31115; sin embargo, durante su año de vigencia han sido declaradas inaplicables en algunos procesos judiciales laborales a través del control difuso, básicamente por contravenir preceptos internacionales sobre derechos laborales, y principios del Derecho del Trabajo.

2.3.- Aspecto doctrinario

2.3.1.- En el marco nacional

La doctrina nacional no ha sido ajena sobre el estudio del empleo público en el Perú. Al respecto, resulta pertinente iniciar haciendo referencia a las teorías del derecho público, para así llegar a la teoría uniformemente aceptada del empleo público.

En primer lugar, se debe hacer mención a la teoría de la burocracia de Weber, la cual históricamente ha sido adoptada por nuestro país en lo que, respecto al régimen laboral público, que básicamente se materializa en el escalafonario, que es en lo que se inspira la carrera administrativa.

Al respecto, Max Weber, señala ciertas características de su teoría de la burocracia; sin embargo, dos particularidades de estas son útiles para entender la adopción de la carrera administrativa por parte de nuestro Estado. Sobre ello, se observa estos dos elementos: El de la máxima división del trabajo y el de determinación de las reglas.

En efecto, estas dos características de la teoría de la burocracia, hace referencia a que, la organización de los cargos sigue el principio jerárquico de modo que cada cargo está bajo el control y supervisión de un superior, y cada funcionario es responsable ante su superior de sus decisiones y acciones y de las de sus subordinados. En el mismo sentido, señala que, se considera el empleo como una carrera que se desarrolla de acuerdo con un sistema de promociones establecido en función de la antigüedad o la capacidad y conocimientos técnicos; por lo que, se trata de una adjudicación de los puestos y cargos por razones de competencia y no por preferencias personales o nepotismos.

De lo indicado, se observa que, en base a la teoría de burocracia de Max Weber, esta sirve como base para el establecimiento de la carrera administrativa en nuestro país, en la cual, se prioriza el mérito y capacidad de cada servidor público, con el ánimo de buscar la idoneidad y eficacia en la prestación de servicio público.

Una vez realizado esta acotación, resulta pertinente traer a colación a las dos corrientes doctrinarias sobre el derecho público que desarrolla la doctrina, la contractual y la estatutaria. Sobre el particular, Kenny Díaz citando a Alberto Ruiz Eldredge señala que éste entiende que la relación del empleo público se debe a que su origen es un acto contractual que podría denominarse “contrato de función pública” o “contrato de derecho público”, en donde se rescata la voluntad individual del empleado, la cual se disuelve una vez que se ingresa al marco de la relación de subordinación radical frente a la Administración Pública (Díaz, 2017).

Asimismo, Kenny Díaz citando a Carlos Lozano, quien critica a la teoría contractual, se tiene que éste afirma que se debe partir de entender que las necesidades colectivas prevalecen sobre las necesidades del privado. Es así que, si bien el empleo público es una relación de Derecho público, no es un contrato; para ello, dicho autor sostiene que los representantes de esta teoría pretenden dotar a la función pública de la estabilidad con que cuentan los contratos, sin tomar en consideración que fuera de una institución contractual, se pueden encontrar otras fórmulas igual de estables. (Díaz, 2017)

En esa línea, citando a Kenny Díaz se tiene que Lozano señala que entre la diferencia entre un contrato de índole privado y público se tiene lo siguiente:

- No hay capacidad civil del Estado, ya que este, en cambio, actúa como soberano.
- Se trata de naturalezas jurídicas distintas. Una persona de derecho público y un particular plantean la imposibilidad de la existencia de un vínculo en común.
- El Estado es soberano para fijar las condiciones de empleo de manera unilateral. Ello es así debido a que el fin del Estado es satisfacer una necesidad de carácter público. En consecuencia, las condiciones no se discuten.
- No es verdad que exista libertad de consentimiento en la formalización del vínculo. La función se desempeña no debido al libre ofrecimiento sino siguiendo un proceso previo.
- No existe verdadera determinación del objeto de la prestación del servicio, puesto que este objeto puede variar de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública. Por ejemplo, enumera el aumento o disminución del sueldo, los traslados, etc.” (Díaz, 2017)

Por otro lado, respecto a la segunda teoría que fundamenta el empleo público, Kenny Díaz citando a Edgardo Balbín señala que:

“(…) la noción de estatuto identifica a un conjunto normativo distinto del que rige las prestaciones de servicios subordinadas en el ámbito privado, cuyo cometido es la regulación de la relación jurídica del empleo en la administración pública, determinando su objeto y contenido, las formas de organización, desarrollo, modificación y extinción” (Díaz, 2017)

En ese sentido, Kenny Díaz citando a dicho autor, precisa que son dos los rasgos característicos de la tesis estatutaria, por un lado la unidad de la organización y, por otro, la rigidez de su régimen jurídico. Respecto a la primera característica, se alude a la unicidad de la función desarrollada, esto es, el ejercicio de la función destinada a la consecución del interés general (Díaz, 2017).

En esa línea, Kenny Díaz citando a Edgardo Balbín señala que:

“(…) el estatuto plantea una regulación igualitaria para todo aquel que preste servicios para la Administración Pública, uniformizando sus condiciones de empleo al punto de permitir el desplazamiento de trabajadores con idéntica calificación entre diversos organismos estatales, consolidando la idea de “un único centro de regulación y gobierno de la relación de empleo y de imputación de la posición de contraparte” (Díaz, 2017).

Y, respecto a la segunda característica de la tesis estatutaria, Kenny Díaz citando a Balbín apunta: “que se la puede ver desde las siguientes dos perspectivas: una rigidez externa que se refiere a la imposición de mecanismos de acceso y extinción fundados en causalidad objetiva; y una rigidez interna que alude a la posibilidad con que cuenta la Administración

Pública para regular las condiciones de la prestación del servicio, el recurso a la norma estatal” (Díaz, 2017).

En este contexto, se tiene que de todas las teorías que ha abordado el empleo público, la tesis estatutaria es la que ha tenido mayor aceptación; sin embargo, no debe perderse de vista que al igual que la teoría estatutaria, también encontramos la teoría contractualista de derecho privado, que plantea someter las prestaciones de servicios en la Administración Pública al Derecho del Trabajo, y es básicamente ello que ha sucedido en nuestro país desde la década del 90, en donde el Estado en calidad de empleador ha optado por aplicar al régimen laboral pública las normas que regula el régimen laboral privado.

Por otro lado, no debe perderse de vista, que en nuestro país con la promulgación de la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, se tiene que, el Estado peruano se encuentra en un proceso de modernización en sus diferentes instancias, dependencias, entidades, organizaciones y procedimientos, ello con la finalidad de mejorar la gestión pública, y construir un Estado democrático, descentralizado y al servicio del ciudadano.

De esta manera, se tiene que, dentro de dicho proceso de modernización de forma uniforme se ha establecido dos aspectos puntales: i) Que, debido a la diversidad de regímenes laborales en el sector público, debe establecerse uno sólo; y ii) Que, a consecuencia de lo primero hay la necesidad de modernizar el Estado, eliminando las barreras burocráticas, perfilándose por la eficacia del empleo público, en base a los méritos y capacidades de sus funcionarios y servidores.

En esa línea, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por Gabriel Arrisueño y Patricia Ritter:

“Existen múltiples elementos a considerar para una reforma del empleo público. La realización de un análisis comprehensivo y profundo de cada uno de ellos excede los alcances de este documento. Por el contrario, nos proponemos formular ciertos criterios y resaltar algunas áreas en relación con la dirección que debe tomar la reforma del empleo público en el Perú.

Uno de los pilares de la reforma del empleo público debe ser la flexibilización de los distintos aspectos que lo componen. El Estado debe tener libertad para cesar, trasladar y contratar personal cuando esto redunde en un beneficio para la entidad y los ciudadanos, respetando los derechos del trabajador. Adicionalmente, el funcionamiento de la burocracia debe contemplar al mérito como principio que rija el acceso, la permanencia y la progresión en el empleo.

La adecuada combinación del mérito y la flexibilidad requiere dotar al Estado de las herramientas que le permitan realizar una gestión enfocada más en los resultados y menos en los medios. A

continuación, analizaremos algunos aspectos del empleo público vinculados con la introducción de la flexibilidad y el mérito.” (Fajardo & Burga, 2007)

Siendo así, los autores en mención invocan al mérito como el factor determinante para obtener la eficacia en el empleo público, señalando que el principio de meritocracia debe estar operativo en el acceso, permanencia y progresión en la carrera administrativa. Al respecto, indican lo siguiente:

- a) Por un lado, es evidente que para que el sector público provea eficientemente servicios de calidad, los empleados deben poseer las capacidades y competencias adecuadas para sus respectivos puestos. El nivel de calificación de los empleados está ligado, por lo tanto, a la efectividad de los sistemas de evaluación para la contratación, la permanencia en el puesto y para la progresión.
- b) Por otro lado, los sistemas de evaluación permiten a las entidades determinar las áreas en las que es necesario mejorar el rendimiento del trabajador y, en consecuencia, constituye un insumo para la planificación de las actividades de capacitación.
- c) Finalmente, la evaluación permite también generar incentivos para mejorar el rendimiento del trabajador a través de la promoción basada en el mérito.” (Fajardo & Burga, 2007)

En este orden de ideas, es que, el DL N° 276, Ley N° 18175 y Ley N° 30057 dentro de su cuerpo normativo pusieron énfasis en el principio de meritocracia y acceso a la función pública en igualdad de condiciones, tanto en el acceso, como en la permanencia y ascenso dentro de la carrera administrativa; proyectándose de esta manera la modernidad en el Estado, que desemboca en la eficacia del empleo público en el Perú.

En este contexto, a efecto de tener un entendimiento correcto sobre los criterios antes mencionados, que son la médula del empleo público, resulta pertinente señalar que por principio se entiende que son los enunciados normativos de carácter general, que pueden formar o no parte del ordenamiento positivo, los cuales inspiran y orientan, la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas propias en este caso del empleo público.

Sobre el principio de acceso en igualdad de condiciones al empleo público, resulta pertinente traer a colación lo desarrollado acerca del principio de igualdad y no discriminación, ya que en este principio se inspira el primero de los mencionados. Al respecto, se manera puntual Luis Lalupú Sernaqué en un estudio sobre el principio de igualdad de trato en el derecho laboral apunta que:

- “(…) se han establecido algunos criterios para poder determinar cuándo estamos ante un acto atentatorio contra este principio, así el máximo intérprete de la Constitución ha determinado que es necesario proponer un término de comparación válido para poder comparar las diferencias no justificadas que se alegan.

Asimismo, se han establecido que entre situaciones, objetos o personas a comparar o a equiparar se deben compartir elementos sustanciales, es decir, se debe estar ante situaciones parecidas o semejantes.

Por último debemos sostener que no necesariamente un acto diferenciado por parte del empleador es atentatorio contra el derecho a la igualdad, pues existen diferencias que justifican otorgar un tratamiento desigual, atendiendo claro está a criterios objetivos y subjetivos que llevan a tratar distinto a quienes aparentemente están en situaciones similares, de ahí que dicho principio debe ser aplicado de manera adecuada y prudente, conservando su contenido esencial, sin distraerse en las apariencias o aspectos secundarios.” (Sernaqué, 2017)

Por su parte, sobre el principio de mérito y capacidad que tiene énfasis en el acceso, permanencia y ascenso dentro de la carrera administrativa, corresponde señalar lo expuesto por Janner Lopez Avendaño:

“En efecto, los principios de mérito y capacidad garantizan la igualdad en el acceso al desempeño de las funciones públicas, pues, teniendo todos los ciudadanos igual oportunidad de acceso a contratar laboralmente con el Estado, resulta idóneo que solo accedan a la carrera pública los más capaces y que el baremo de ello se establezca en función del mérito.” (Avendaño, 2019)

De esta manera, entendiendo el contexto actual del empleo público en nuestro país, es que nos abrimos a un nuevo panorama distinto al de años atrás, en donde en aplicación de principio de primacía de la realidad se establecía la desnaturalización de contratos civiles y modales por fraude a la ley laboral, reconociéndose una relación laboral a plazo indeterminado; lo cual en la actualidad continua siendo objeto de debate, más aún con lo recientemente establecido en el DU N° 016-2020, y las reglas establecidas en el Precedente Huatuco, ello en lo que respecta a la reincorporación laboral en el sector público.

2.3.2.- En el marco internacional

En la doctrina internacional también se observa apuntes trascendentales respecto a las teorías del derecho público. Al respecto, Bielsa predica la tesis contractual, señalando que, si bien existen diferencias irreductibles entre el derecho privado y público, considera que confluyen elementos en común en el caso del contrato en el empleo público. En esa línea, dicho autor resalta la diferencia entre el contrato de derecho público y privado, en virtud de que contraparte se trate (Estado y empresa privada respectivamente), visualizándose que se trata de una diferenciación que se centra en la naturaleza de las partes contractuales, a ello, corresponde indicar que dicho autor se muestra de acuerdo con el hecho de que se persiguen finalidades distintas, interés público frente al interés particular. (Diaz, 2017)

En efecto, Kenny Díaz citando a Bielsa señala que éste sustenta la similitud y la diferencia entre el empleo privado y público, de la siguiente manera:

“(…) los derechos del empleado y el régimen disciplinario de la empresa privada, es análoga a la del estatuto de funcionarios públicos [el autor señala que en las empresas privadas se generan reglamentos sobre condiciones, obligaciones y derechos del empleado formando como un «estatuto» de trabajo y, al momento de contratar, el empleado acepta en bloque todo ello por lo que es un contrato de adhesión]. Sólo el fin de la reglamentación difiere esencialmente: en la empresa privada es el interés privado; en la empresa pública es el interés público” (Díaz, 2017)

En ese sentido, corresponde indicar que, se ve la importancia de resaltar la bilateralidad en la constitución del vínculo, así como la importancia que tiene esta teoría de enmarcar la relación jurídica en el ámbito del Derecho Público, ello debido a la relación de subordinación en la que se encuentra el servidor público.

En este orden de ideas, Carlos Ferrari quien es citado por Kenny Díaz, indica que, los nombramiento de los empleados públicos por parte del Estado no es sino una manifestación del poder de este para organizar y satisfacer las necesidades que tiene de servicios personales, por lo que se trata de una relación de Derecho Público (Díaz, 2017).

Por otro lado, respecto a la teoría estatutaria, Bielsa señala que para dicha teoría la relación jurídica en el empleo público no es de carácter contractual, ya que el estatuto legal es un acto unilateral de autoridad del Estado.

Por su parte, en la doctrina internacional también encontramos apuntes trascendentales sobre los principios de meritocracia y acceso a las funciones públicas en igualdad de condiciones, teniendo presente que estos principios se desglosan o inspiran en el principio de igualdad y no discriminación.

En efecto, tal como lo indica Humberto Nogueira Alcalá, el derecho de igualdad puede ser considerado desde diversas perspectivas, la más importante de ellas se encuentra inscrita en todo el derecho constitucional occidental, y es la igual dignidad de todas las personas, lo cual es independiente de las características propias que dicha persona tenga; siendo así, la dignidad es propia de las personas naturales y no de las personas jurídicas. Asimismo, dicho autor indica que una segunda perspectiva que adopta la igualdad en el ámbito constitucional es la igualdad ante la Ley, lo cual impone que la Ley debe ser igual para todos en general (Alcalá, 1997).

De esta manera, corresponde señalar que legislaciones como las de España, Chile y México dentro de su marco normativo del empleo público reconocen al principio de meritocracia y acceso a las funciones públicas

en igualdad de condiciones como los pilares para lograr la eficacia del empleo público, y con ello, la modernización del Estado, observándose que no sólo en nuestro país surge la problemática de la diversidad de regímenes públicos en el sector público, a manera de ejemplo se encuentra Chile, es así que, dicha diversidad de regímenes laborales produce una constante precarización del empleo público, debido a la inestabilidad laboral, lo cual se ha profundizado en nuestro país con la dación del DU N° 016-2020, y las reglas establecidas en el Precedente Huatuco.

2.4.- Opinión personal

Al respecto, sobre todo lo desarrollado y analizado en el presente subcapítulo, resulta pertinente dejar en claro ciertos puntos importantes para entender la regulación del empleo público en nuestro país.

En primer lugar, corresponde indicar que si bien existe un marco normativo no sólo a nivel constitucional, sino también legal sobre la función pública y la carrera administrativa, debido a la flexibilización laboral que surgió en la década de los 90, el Estado en su calidad de empleador se encontró en la necesidad de contratar personal para que presente sus servicios utilizando los contratos modales previstos en el DL N° 728 y los contratos civiles de locación de servicios o servicios no personales.

En ese contexto, es que surgieron diversas demandas constitucionales y posteriormente laborales de ex trabajadores que acudieron a la justicia constitucional y ordinaria respectivamente solicitando su reincorporación laboral aduciendo desnaturalización de su contrato modal y civil, sustentando que se habría originado un fraude laboral debiendo declararse la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.

Es así que, el gobierno peruano en busca de una solución a lo antes descrito, creó los contratos de administración de servicio – CAS, el cual desde un inicio siempre se predicó su carácter transitorio; sin embargo, no ha logrado su fin, no sólo porque se mantuvo la diversidad de regímenes laborales en el sector público, sino también, porque se desnaturalizó el carácter transitorio en el cual se inspira el régimen CAS.

En esa línea, posteriormente, apareció una nueva idea de unificar el régimen laboral pública, y es así que, nació la Ley SERVIR – Ley N° 30057, en donde se pone énfasis al principio de meritocracia y acceso a las funciones públicas en igualdad de condiciones, tanto en el acceso, como en la permanencia y ascenso en la carrera administrativa; sin embargo, ello tampoco ha sido efectivo, ya que el régimen SERVIR no es aplicado en todas las instituciones públicas, es más, la aplicación de dicho régimen laboral ha sido ampliamente cuestionando, siendo así que, hay instituciones en donde de forma expresa se les ha excluido dentro del ámbito de aplicación. A manera de ejemplo, están los trabajadores del Poder Judicial, que tienen su propia ley sobre carrera judicial.

Por otro lado, en el ámbito jurisprudencial, el desarrollo y percepción de la carrera administrativa en nuestro país ha sufrido cambios trascendentales, tal es así que, en un primer momento la jurisprudencia constitucional era unánime en establecer que debe ser amparada las pretensiones de reincorporación laboral en supuestos de desnaturalización de contrato modal y civil por fraude a la norma laboral; sin embargo, pese a que el Tribunal Constitucional predicaba dicho criterio hace más de 20 años, en el año 2015 hubo un giro de 360 grados, lo cual se sentó con las reglas establecidas en el Precedente Huatuco.

De esta manera, hoy en día, no sólo nuestra legislación, sino también la jurisprudencia ha establecido que el ingreso a la carrera administrativa debe ser mediante concurso público abierto en una plaza presupuestada indeterminada; con la cual busca garantizar la igualdad en el acceso a la función pública para elevar la calidad de los servicios que el Estado brinda a los ciudadanos, e incentivar el crecimiento personal y profesional de los trabajadores de la administración pública -principio de meritocracia-. Es así que, lo importante del principio en mención es asegurar a los ciudadanos que las gestiones de los recursos públicos están en manos de aquellos que realmente lo merecen, ya que se han preparado para servir a la ciudadanía.

En esa línea, resulta importante resolver de forma armónica la colisión que hay entre el principio de primacía de la realidad y meritocracia en los supuestos de reincorporación laboral en el sector pública, lo cual básicamente ha sido generado por el mismo Estado, advirtiéndose que de esta forma el Estado como empleador a su vez estaría contraviniendo la teoría de los actos propios, ya que su actuar siempre ha sido de permitir la contratación de personal bajo el régimen del DL N° 728, y/o utilizando la contratación civil de locación de servicios o servicios no personales, que en dicho contexto dichas contrataciones se encontraban desnaturalizadas, cometiendo un fraude a la norma laboral; razón por la cual este trabajo de investigación busca también estudiar la colisión de los principios en comento, así como las formas de solucionar ello.

En efecto, de lo antes desarrollado se puede colegir que, dentro de la legislación laboral pública hay una colisión de principios del Derecho del Trabajo, específicamente entre los principios de meritocracia y acceso a las funciones públicas en igualdad de condiciones, con el principio de primacía de la realidad, lo cual genera un vacío legal, toda vez que, el legislador no ha previsto estas situaciones, partiendo de que en la actualidad en el sector público hay una mistura de regímenes laborales.

Al respecto, jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha pretendido dar una solución a dicho asunto controversial, lo cual se puede observar con las reglas que establece para la reposición laboral en el sector público, que se encuentra recaído en el Precedente Huatuco; sin embargo, ello no soluciona la colisión de principios laborales en comento, es más, lo que ha generado es que jurisprudencial se opte por una corriente de regresión de los derechos laborales, marcando una distinción sin razón objetiva en el tratamiento de reposición laboral de los trabajadores del sector privado y público.

De esta manera, de todo lo antes dicho se observa que, dentro del régimen laboral público existe regulaciones que trastocan principios del Derecho del Trabajo, lo cual ha sido ocasionado por la aplicación del Régimen Laboral Privado en el Sector Público, sin tener en cuenta, que entre el empleo público y privado existe una gran diferencia, que vendría a ser el interés que se persigue, toda vez que, en el primero se persigue un interés público o general, mientras que en el segundo un interés particular.

En efecto, esto es vital para entender la colisión de los principios laborales antes citados, ya que, entendiendo que el empleo público persigue satisfacer un interés general; es decir, el interés de la ciudadanía, es que, en el régimen laboral público con el principio de meritocracia se busca tener servidores idóneos para el empleo público que postulan, para de esta manera brindar un eficaz servicio a la ciudadanía, no perdiendo de vista que esto es lo que apunta el Estado peruano tras la dación de la Ley N° 27658, con la cual se inicia el proceso de modernización de la gestión pública.

En ese sentido, es que, jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha estado estableciendo ciertas limitaciones en el régimen laboral público de los conceptos que son traídos del régimen laboral privado, o mejor dicho, que son vistos desde la perspectiva privada, como es la contratación laboral modal y estabilidad laboral, esto es, la forma de ingresar a la carrera administrativa, en donde por muchos años no ha sido por concurso público, no siendo resaltante el mérito y capacidad del servidor, lo cual hoy en día es prioridad.

Entonces, entendido este proceso de modernización de la gestión del empleo público, es que, la estabilidad laboral dentro del empleo pública tiene matices distintos que, en el régimen laboral privado, y dicha diferenciación se centra en el interés que se persigue con el empleo público. Sin embargo, no debe perderse de vista, que, a fin de salvaguardar los derechos laborales de los servidores públicos, es que, se debe buscar un punto medio, el cual será establecido con el test de proporcionalidad que se busca realizar después de hacer el estudio respectivo sobre la colisión de principios, y los métodos de solución.

3.- Sobre los principios en conflicto en los casos de reincorporación laboral en la Administración Pública

3.1.- Principio de Primacía de la Realidad vs. Principio de Mérito

Antes de iniciar con el desarrollo sobre la colisión entre el principio de primacía de la realidad y el de mérito, resulta pertinente traer a colación de forma breve y concreta los aspectos más resaltantes que nos permita entender qué es un principio, y su operatividad en el mundo del Derecho.

Al respecto, conforme lo señala Federico De Fazio:

“El término teoría de los principios es ambiguo. Su uso puede hacer referencia, como mínimo, a tres teorías que persiguen objetivos diferentes. Así, puede ser utilizado para connotar: (a) una teoría que sostiene que los principios son una clase de normas cuya validez no depende de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento,

sino de su justificación moral; (b) una teoría que afirma que los principios son una clase de normas que poseen propiedades estructurales específicas que permiten distinguirlas clasificatoriamente de las reglas; y (c) una teoría sobre la interpretación constitucional que aduce que gran parte de las normas que prescriben derechos fundamentales deben ser entendidas como principios.” (Fazio, 2019)

En esa línea, para llegar a conceptualizar el término principio, el cual resulta ser muy ambiguo, corresponde pertinente hacer referencia a ciertas teorías que se han ido construyendo con el pasar de los años en relación a dicho término. Para ello, se debe hacer referencia a la tesis de la diferenciación clasificatoria entre principios y reglas.

Al respecto, los doctrinarios han señalado que existen tesis débiles y fuertes, una tesis débil vendría ser aquella que sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente de grado, según su mayor o menor nivel de generalidad; *contrario sensu*, una tesis fuerte vendría ser aquella que afirma que la diferencia entre principios y reglas no es meramente de grado, sino que ello se debe a ciertos caracteres estructurales -distinción clasificatoriamente entre principio y regla-.

Ante ello, resulta pertinente traer a colación la teoría de Ronald Dworkin, quien propone la tesis de que existe una diferencia lógica entre los principios y las reglas, lo cual se puede evidenciar sobre la base de dos criterios de individualización: i) Cuando las reglas se aplican a la manera de “todo o nada”, lo cual no sucede en el caso de los principios, esto es, cuando al cumplirse el supuesto de hecho, una regla es válida y determina concluyentemente la solución del caso, o es inválida, y no aporta en nada la decisión; y ii) Cuando el principio tiene una “dimensión de peso”, lo cual le falta a la regla, es así que, cuando los principios entran en contradicción, quien tiene que resolver el problema deberá considerar cuál es la importancia relativa de cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias particulares del caso.

Por su parte, Robert Alexy postula la teoría de que la distinción clasificatoria entre principios y reglas se base en el tipo de mando que prescriben, de esta manera señala que, los principios exhiben una dimensión del peso porque son mandatos de optimización, esto es, que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible, de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas.

En ese sentido, bajo dicha tesis, se tiene que los principios se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, siendo que la medida de su cumplimiento dependerá de las circunstancias empíricas y normativas. Caso contrario sucede con las reglas, las cuales carecen de una dimensión del peso, porque son mandatos definitivos o exactos, lo cual significa que, son normas que ordenan que algo sea cumplido en la medida exacta en que ellas lo exigen.

A su vez, Manuel Atienza y Ruiz Manero indican que los principios son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución

jurídica. Para ello, indican que, los principios en sentido escritos son normas que correlacionan con un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica cerrada; es decir, un supuesto de hecho es cerrado cuando su condición de aplicación está constituida por propiedades relevantes que son independientes de las razones que operan en favor o en contra de dicha la normativa; lo cual significa que se trata de normas hipotéticas, puesto que su supuesto de hecho no solo está conformado por aquella condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, sino además por otras condiciones adicionales que no se infieren directamente de este.

Mientras que, Jan Sieckam propone la teoría de que, los principios no son mandatos de optimización, toda vez que, resulta necesaria diferencia entre los mandatos a optimizar y los mandatos de optimización, donde los primeros son los objetos de la ponderación, y como tal, prescriben un deber ideal, en el sentido que aún no han sido relativizados en lo que se refiere el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas; es por ello que, los principios vendrían a ser mandato a optimizar.

En este orden de ideas, se advierte que no hay un concepto uniforme sobre el término principio, en tanto, conforme se puede observar de lo antes dicho, hay diversas teorías que intentan definir a los principios, partiendo de la distinción con las reglas, entendiendo que, dentro del mundo del Derecho, las normas pueden ser reglas o principios.

Sin embargo, para sentar criterios en la presente investigación, se tiene que señalar que el autor opta por la teoría desarrolla por Robert Alexy, esto es, entender que los principios son mandatos de optimización, y que la dimensión del peso dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en concreto.

Ahora bien, habiendo realizado un preámbulo sobre lo que es principio en el mundo del Derecho, puesto que, en aquellos supuestos que existe vacío legal, estos tendrán protagonismo al ser utilizados por los operadores jurídicos para llenar dicho vacío legal, ello con la única finalidad de no dejar de establecer una solución jurídica a un determinado caso. Corresponde ahora, centrarnos en el análisis de la colisión entre el principio de primacía de la realidad y meritocracia.

Sobre el particular, conforme se ha desarrollado en los puntos precedentes, el Estado en calidad de empleador desde la década de los 90 ha optado por incorporar en el sector pública la aplicación de las normas del DL N° 728, específicamente respecto a las contrataciones modales de los servidores públicos, así como la utilización de contratos de índole civil, como es la locación de servicios o servicios no personales.

De esta manera, es que, se ha producido una situación *sui generis* dentro del sector público, en tanto, pese a tener el régimen laboral pública su propia normatividad, en el mundo de los hechos se ha permitida la utilización de las contrataciones modales que regula el régimen laboral privado, produciendo

esto un trastoque entre los principios propios del régimen laboral público con los del Derecho del Trabajo, que en un inicio, el Tribunal Constitucional optó por una corriente jurisprudencial protectora hacía el servidor público.

Sin embargo, en el año 2015, ello cambió con las reglas establecidas por dicho Colegiado Supremo en el precedente Huatuco, para lo cual no debe perderse de vista que con la dación de la Ley N° 27658, en nuestro país el Estado peruano empezó con el proceso de modernización de la gestión pública, lo cual se puede advertir con la promulgación de la Ley SERVIR y últimamente con el DU N° 016-2020, proceso en el cual se busca la eficacia del servicio público que brindan las instituciones públicas, que tienen su sustento en el interés general que persigue, razón por la cual en dicho escenario es que, el principio de meritocracia y acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos toman protagonismo para el acceso, permanencia y ascenso dentro de la carrera administrativa.

En este extremo, corresponde indicar que, esta situación ha generado la colisión entre el principio de meritocracia, que es propio del régimen laboral público, y el principio de primacía de la realidad, principio laboral reconocido ampliamente en el Derecho al Trabajo, el cual tiene su sustento en el principio de continuidad, esto es, en la razón de ser del contrato de trabajo, el cual apunta a perdurar en el tiempo, entendido al trabajo como el medio que utiliza el trabajador para satisfacer sus necesidades personales y familiares.

Dentro de nuestro país, el principio de primacía de la realidad a diferencia con el principio de meritocracia no cuenta con un reconocimiento y desarrollo legal específico, sólo ha sido objeto de análisis dentro de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 991-2000-PA/TC indica:

“El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22) y, además, como objeto de atención prioritaria del Estado (artículo 23). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocada precisamente en estos términos”. (Ramírez, 2015)

En efecto, el principio de primacía de la realidad es aplicable en aquellos supuestos de hecho donde existe discrepancia entre los hechos y la formalidad, tanto en la configuración, como en la ejecución del contrato de trabajo. Al respecto, Díaz Vargas citando a Carballo comenta que:

“(…) éste es eficiente e importante para dilucidar los casos de encubrimiento o disimulo de la relación laboral que surgen entre empleador y trabajador desde el momento mismo en que éste último, se ofrece para prestar servicios subordinados y manifiesta su determinación ante aquel que fungirá de patrono, quien “le notifica que a tal efecto es menester cumplir con ciertos requisitos que pretenden la deslaboralización del negocio jurídico a celebrar; corrientemente ello

supondrá atribuirle los caracteres de un contrato de naturaleza civil o mercantil” (Vargas, 2012).

Dentro del contexto del sector público, se observa claramente una antinomia jurídica entre el principio de meritocracia y el de primacía de la realidad. Sobre ello, se tendría que analizar cómo se puede aplicar el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales efectuadas por la administración pública -empleo público- para atender actividades propias de la entidad estatal, que es, el servicio público brindado a la ciudadanía.

En primer lugar, corresponde hacer referencia al balance que se debe realizar entre el principio de acceso en igualdad de condiciones al empleo y meritocracia frente al principio de primacía de la realidad. Al respecto, si bien, el Tribunal Constitucional no ha realizado un test de proporcionalidad para dirimir esta antinomia jurídica, su corriente jurisprudencial actual apunta a imponer los principios del régimen laboral público señalados sobre el principio de primacía de la realidad, con el único fin de salvaguardar la meritocracia en el empleo público, sustentando dicha situación en el reconocimiento de la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional.

Sobre el criterio jurisprudencial actual del máximo intérprete de la Constitución se puede afirmar que dicho Colegiado Supremo entiende que dicha medida es necesaria e idónea, debido a que se encuentra orientado a resguardar los intereses del Estado y de la comunidad -interés general perseguido por el empleo público-; ya que, el reconocer la reincorporación laboral basado en la desnaturalización de los contratos modales y civiles de personal que ha ingresado a la carrera administrativa sin que haya mediado concurso público contravendría el interés general que persigue el empleo público, además de que sería un criterio contrario al proceso de modernización que sigue nuestro país sobre la gestión pública.

Inclusive, de la decisión del Tribunal Constitucional se puede inferir que este Colegiado ha decidido hacer la diferencia sobre la forma de protección entre los trabajadores contratados bajo las reglas del DL N° 728 y contratos civiles que estén debidamente comprobados su desnaturalización -fraude a las normas laborales-, y que no hayan ingresado mediante concurso público, frente aquellos trabajadores que si han ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público. Basándose en el principio de igualdad de condiciones en el acceso a los puestos públicos.

Por otro lado, contrario a la postura establecida por el Tribunal Constitucional, la misma que ha sido establecido como precedente vinculante, y recogida en el cuerpo normativo del DU N° 016-2020, se encuentra la posición que afirma que, en la colisión de principios que se comentan, debe primar el principio de primacía de la realidad; toda vez que, resultaría poco coherente que pese a la realidad de los hechos -probanza de los elementos del contrato de trabajo- se pretenda desconocer el derecho a la estabilidad de los trabajadores del Estado, sin importar la forma de su contratación, en tanto, no puede aceptarse que dentro de un Estado Constitucional de Derecho, se de preferencia a un requisito de forma -concurso público-, que en la mayoría de casos ha sido por

la forma de actuar el Estado en su calidad de empleador, perjudicando de esta forma la conservación de los puestos de trabajo de aquellos servidores públicos que no hayan ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público, por una negligencia que es propia del Estado como empleador.

En esa línea, los que predicán esta posición hacen referencia a uno de las reglas que inspira el principio protector del Derecho del Trabajo, esto es, la regla de la norma más favorable. Sobre el particular, entendiéndose que cuando un supuesto de hecho puede ser resuelto por la aplicación de dos normas, se debe optar por la más favorable al trabajador, para lo cual, se comenta que en el Derecho del Trabajo no se aplica como en las demás ramas del derecho, esto es, por orden jerárquico, sino que, mucho depende de cada caso en concreto.

Bajo este contexto, los partidarios de esta posición sostienen que en el caso de los empleados públicos, para el acceso al empleo público no sólo se aplican lo regulado en la Ley Marco del Empleo Público, y DL N° 276, sino también lo regulado en el DL N° 728, es así que, si bien las dos primeras normas establecen como condición de acceso un concurso público, la tercera no lo hace, ya que sólo exige la celebración de un contrato de trabajo, en pocas palabras que se cumplan con los tres elementos del contrato de trabajo.

En ese sentido, se podría afirmar que hay un encuentro negativo entre estas tres normas, razón por la cual, en el mundo de los hechos no queda duda alguna que el DL N° 728 sería la norma más beneficiosa que debe ser aplicable en aquellos supuestos de hecho antes citados, ya que ello significaría garantizar la progresión de los derechos laborales.

En esa línea, se observa que en los supuestos de hecho objeto de investigación hay una colisión entre el principio de primacía de la realidad frente al principio de acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos, y el de meritocracia. Es así que, dicho antinomia jurídica no hay sido resuelta, ni por el Tribunal Constitucional, ni por la legislación, razón por la cual, es motivación del presente trabajo de investigación el realizar un test de proporcionalidad, a efecto de encontrar un punto armónico que permita la compatibilización pacífica del régimen laboral público con el régimen laboral privado, además de que en base a una justificación objetiva resolver esta antinomia jurídica, siempre en miras de garantizar la progresión de los derechos laborales, evitando en todo momento la regresión de los mismos, que vendría a ser el fin de todo Estado Constitucional de Derecho.

3.2.- Como se resolvería los casos de colisión de principios

3.2.1.- Que manda la jurisprudencia para resolver los casos de antinomia jurídica

3.2.1.1.- En el marco nacional

Partiendo de la premisa que los principios representan el *ultimum subsidium* al que pueden acogerse los jueces para resolver una controversia de naturaleza jurídico sin contravenir el principio de legalidad al cual se encuentra sometido por el Derecho Positivo.

Es así que, los principios adquieren relevancia en el mundo del Derecho, generando una contraposición entre el positivismo jurídico y no positivismo jurídico. Al respecto, Hart, quien predica el positivismo jurídico apunta a concebir el derecho como un sistema normativo compuesto únicamente por reglas, mientras que, Dworkin construye su teoría sobre la distinción entre regla y principios como un ataque al positivismo jurídico.

Es así que, los partidarios del no positivismo jurídico apuntan a reconocer que el derecho no sólo está conformado por reglas, sino también por principios, que sin tener un reconocimiento expresa en un precepto normativo, inspiran la razón de ser del derecho, permitiendo muchas veces ser la solución de un conflicto jurídico; debiendo acotarse que según está corriente doctrinaria, el juez nunca debe ejercer discreción, ni crear derecho, porque el Derecho - a través de los principios- siempre le ofrece una única respuesta correcta.

En este contexto, qué se hace cuando nos encontramos ante una colisión de principio, pues, nuestra jurisprudencia constitucional ha optado por desarrollar el test de proporcionalidad, el cual ha sido utilizado para ponderar casos de conflicto entre derechos fundamentales, o de la restricción impuesta a un derecho específico.

Al respecto, resulta pertinente indicar que el test de proporcionalidad es un instrumento metodológico, que tiene su origen en los tribunales constitucionales europeos, el cual ha sido empleado para medir, si el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental que es dispuesto por la Ley, o por alguna medida privado o gubernamental resulta compatible con la Constitución, atendiendo a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación al derecho.

Resulta pertinente comentar que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en un dispositivo constitucional se ha previsto la existencia del principio de proporcionalidad, aunque sea para referirnos a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción. Es así que, el Tribunal Constitucional de forma acertada reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio aplicable en todo el ordenamiento jurídico peruano.

Respecto al principio de proporcionalidad y razonabilidad, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02192-2004-AA/TC, señala:

“15. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

16. El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por este Tribunal, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna (Exp. N.º 0016-2002-AI/TC), ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Exp. N.º 0376-2003-HC/TC). No obstante, este Colegiado no ha tenido ocasión de desarrollar este principio aplicándolo al control de la potestad sancionadora de la Administración, ámbito donde precisamente surgió, como control de las potestades discrecionales de la Administración.

17. En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas. Como bien nos recuerda López González[1], “En la tensión permanente entre Poder y Libertad que protagoniza el desenvolvimiento del Derecho Público y por ello también el del Derecho Administrativo, el Estado de Derecho a través de la consagración que formula el principio de legalidad y de la garantía y protección de los derechos fundamentales, exige un uso jurídico proporcionado del poder, a fin de satisfacer los

intereses generales con la menos e indispensable restricción de las libertades”.

18. El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”[2]. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada.” (sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 2004).

En efecto, de lo antes citado, se observa claramente que el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha optado por utilizar el test de proporcionalidad, el cual dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra reconocido a nivel de principio que abarca a todo el ordenamiento jurídico.

En esa línea, conforme se citó precedentemente, el test de proporcionalidad abarca tres sub principios: i) el de idoneidad, en donde se plantean las siguientes preguntas: ¿La medida cuestionada tiene un fin constitucionalmente legítimo? ¿Existe una relación de causalidad medio-fin entre la medida y el fin constitucional que se espera lograr?; ii) el de necesidad, en donde se plantea la siguiente pregunta: ¿Existe algún medio menos gravoso que sea igualmente idóneo para lograr el fin constitucionalmente legítimo?; y iii) el de proporcionalidad *strictu sensu*, en donde se plantea la siguiente pregunta: ¿La afectación del fin es mayor o igual a la afectación del principio contrapuesto?; este test, lo que busca es realizar un balance de peso entre los principios o derechos fundamentales que entran en colisión, para establecer cuál debe prevalecer en la solución del caso en concreto.

En este orden de ideas, resulta pertinente comentar que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no sólo se ha reconocido al Tribunal Constitucional como el único órgano encargado de utilizar el test de proporcionalidad, en tanto, los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial también se les reconoce la facultad de utilizar dicho test.

Al respecto, corresponde indicar que, el Tribunal Constitucional realiza un control concentrado o abstracto, mientras que el Poder

Judicial un control difuso o concreto; la diferencia entre estos tipos de controles constitucionales, se debe a que lo resuelto por el Tribunal Constitucional tendrá efectos *erga omnes*, mientras que lo resuelto por el Poder Judicial sólo se circunscribe a las partes que intervienen el caso objeto de debate procesal.

En efecto, estos controles constitucionales se inspiran en el principio de supremacía constitucional, toda vez que, los jueces del país tienen la obligación funcional de optar por los preceptos constitucionales, en aquellos supuestos de hecho, o preceptos legales o infralegales que contravengan la Constitución.

3.2.1.2.- En el marco internacional

Por su parte, dentro del marco internacional, nos centraremos en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que, dicho órgano no ha sido ajeno a aplicar el test de proporcionalidad en determinados casos que fueron de su competencia, siendo que los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH alcanzan a los criterios que deben seguir los jueces de nuestro país por formar parte del bloque de constitucionalidad.

En efecto, de la revisión de la jurisprudencia de la Corte IDH, se observa que son cinco los casos emblemáticos donde el Colegiado en mención aplica el test de proporcionalidad, y estos son: i) Caso Canese vs. Paraguay; ii) Caso Kimel vs. Argentina; iii) Caso Castañeda Gutman vs. Estado Unidos; iv) Caso Usón Ramirez vs. Venezuela; y v) Caso Fontevecchia y D'Amico vs. México.

De esta manera, de lo analizado, se advierte que, en dichos casos, la Corte IDH indico que los Tribunales en un Estado de Derecho tienen como función garantizar los derechos fundamentales, y con ese objetivo, es que, el contenido de la justificación de por qué en un determinado caso en concreto, un derecho goza de precedencia sobre el otro -argumentación jurídica en el test de ponderación-forma parte de cada motivación judicial.

En esa línea, dicho Colegiado en las sentencias en mención comenta que cuando a un derecho no se le caracteriza como absoluto significa que es relativo, y dicho concepto se les atribuye a los derechos fundamentales y/o principios, es así que, según las condiciones de precedencia condicionada puede hacer prevalecer uno sobre el otro, dependiendo de cada caso en concreto.

En ese sentido, la Corte IDH apunta que la prevalencia de uno de ellos en un caso determinado dependerá de la ponderación que se haga a través del juicio de proporcionalidad. De esta forma, sostiene que, la comprensión de la estructura argumentativa se representa en el razonamiento que se establezca.

De tal forma que, pueda advertirse un diseño de la construcción del razonamiento judicial, a partir del análisis de un patrón de examen a seguir, haciendo una constatación del cumplimiento de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De este modo, la Corte IDH en los casos en comento hace referencia a la obligación que tienen los Estados al momento de restringir derechos, que básicamente es sustentar su decisión restrictiva de derechos, para que así, no caiga en un acto arbitrario.

En este orden de ideas, la Corte IDH apunta que el término idoneidad de la medida significa salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger; es decir, que se encuentra en la capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Siendo ello así, la Corte IDH en los casos analizados plantea el problema que hay al especificar los alcances y límites de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.2.2.- Que manda la doctrina para resolver los casos de antinomia jurídica

3.2.2.1.- En el marco nacional

Al respecto, la doctrina nacional no ha sido ajena sobre el estudio de las formas de solución en los supuestos de colisión de principios. En ese sentido, en la doctrina sobre el test de ponderación se apunta ciertos modelos, para ello, Enrique Sotomayor Trelles comenta que, una primera tesis sobre los modelos de ponderación es la tesis basada en el modelo del peso propuesta por Robert Alexy, que:

“establece una prevalencia condicionada en dos pasos decisorios sucesivos: primero trabaja con un subtest (el de necesidad) que establece un ranking o posicionamiento de alternativas, y luego elige entre dos o más principios, aquel que prevalece en el caso concreto. Con ello, se trata de un modelo que engloba dos tipos de problemas de decisión multicriterio: uno de posicionamiento, y uno de selección.” (Trelles, 2016)

Otro modelo al cual hacen referencia respecto a los modelos de ponderación, es el modelo basado en funciones de utilidad propuesta por Sartor. Sobre ella, se indica que:

“i. El modelo de ponderación de Sartor resulta idóneo para variables cuantificables, en la medida que las mismas se pueden insertar en funciones de utilidad medibles con mayor objetividad.
ii. Asimismo, este modelo permite la formalización de algunos problemas de ponderación como problemas de optimización, del tipo de los que se tratan y resuelven mediante técnicas matemáticas. Con ello, por ejemplo, los problemas de decisión se pueden traducir en problemas de optimización sujeta a restricciones. Dicha utilidad se incrementa cuando se agregan más variables al problema de decisión, entendiendo el término

“variables”, en este caso, como pautas prima facie aplicables al conflicto concreto.

iii. El modelo de Sartor permite incorporar las valoraciones subjetivas de las partes involucradas, como parte del proceso de toma de decisiones. Ello resulta especialmente útil cuando se evalúa el conflicto o colisión entre principios que involucra a dos partes privadas, y no a una entidad estatal (por ello decíamos que es un modelo imparcial empático).” (Trelles, 2016)

Finalmente, el último modelo de ponderación, es el modelo especificacionista propuesta por Moreso, que consiste en lo siguiente:

i. El modelo especificacionista de Moreso permite una mejor formulación y delimitación del problema de decisión concreto. Ello se logra mediante el establecimiento preciso de un universo del discurso, de un conjunto de propiedades relevantes y de reglas que pueden resolver el conflicto concreto entre dos pautas prima facie aplicables en un caso concreto.

ii. Este modelo permite evaluar la racionalidad de la decisión a la que se arriba como output del proceso. Para ello, se entenderá que una decisión es racional cuando es consistente (no contradictoria), completa y no redundante. En caso contrario, la decisión del conflicto será parcial o defectuosa, y en ese sentido, irracional.

iii. El modelo de Moreso permite mitigar los inconvenientes que plantea un problema de decisión poco estructurado o mixto, pues las variables cualitativas son traducibles en propiedades binarias del tipo “se da/no se da”. (Trelles, 2016)

En esa línea, sobre este último modelo de ponderación, resulta pertinente acotar lo expuesto por García Yzaguirre, quien indica que, los conflictos entre principios que regulan derechos se manifiestan en la necesidad que un individuo requiere por razones conceptuales o empíricas la no satisfacción del derecho de otro individuo.

Bajo esta premisa, es que, para Moreso estos conflictos pueden ser abordados desde una concepción subsuntiva o particularista. Al respecto, la primera consiste en el empleo de la subsunción como método que justifica la racionalidad de la aplicación del derecho; mientras que, la particularista, consiste en que, en cada caso individual, de las circunstancias se pueden derivar razones que requieran ser ponderadas en cada situación de conflicto. (Yzaguirre, 2019)

En ese sentido, corresponde indicar que, la teoría especificacionista apunta a reducir la fuerza del principio, o en todo caso reducir su alcance, lo cual significa su inaplicación a un caso concreto, a pesar de que pueda ser aplicable; sin embargo, por mejores razones es que existe una base firme para no hacerlo.

3.2.2.2.- En el marco internacional

La doctrina internacional tampoco ha sido ajena sobre el estudio de las formas de solución en los supuestos de colisión de principios, en donde se hace referencia al test de proporcionalidad. Al respecto, Aharon Barak comenta que:

“la proporcionalidad desempeña una función importante: una función interpretativa. En la esencia de la función interpretativa se encuentra la cuestión relativa a la determinación del significado de las normas jurídicas, y en particular, de la interpretación de las leyes. Dentro de esta función, la proporcionalidad se usa como criterio para la determinación del significado de la norma de origen legislativo. Para lograrlo, la proporcionalidad en sentido estricto o, lo que es igual, la noción de la ponderación, se usa por medio de la analogía. Esta función de se denomina “ponderación interpretativa”” (Aharon, 2017).

Por otro lado, Aharon Barak indica que, la proporcionalidad se enfoca en el hecho de que los derechos humanos en su mayoría se encuentran jurídicamente estructurados como principios, y no como reglas. Siendo así, la solución cuando hay conflicto de principios no puede fundarse en la declaración de un principio como “vencedor”; *contrario sensu*, la solución radica en la ponderación adecuada entre los principios en conflicto, siendo que la ponderación resulta ser el fundamento de las reglas de la proporcionalidad (Aharon, 2017).

Sobre la teoría de la proporcionalidad recaen ciertas críticas, las cuales pueden ser observadas desde una perspectiva interna y externa. Las críticas internas se pueden describir a partir de dos puntos de vista independientes: i) La falta de estándares por medio de los cuales se puede determinar la proporcionalidad en sentido estricto, y ii) El carácter irracional del componente de la ponderación sobre el cual se basa la proporcionalidad en sentido estricto.

Por su parte, las críticas externas de la proporcionalidad, apunta a que la ponderación que se lleva a cabo dentro de la proporcionalidad en sentido estricto otorga al juez un amplio margen de discrecionalidad, de esta manera es que la certeza judicial se verá dañada, puesto que no será posible de predecir los resultados de manera anticipada.

Frente a estas críticas que recaen sobre la proporcionalidad, Weber propone una alternativa a dicho test, sobre ello, Aharon Barak indica que:

“El enfoque de Webber se basa en la noción de los derechos humanos absolutos. Este absolutismo opera frente al poder judicial. Sin embargo, este absolutismo no opera frente al legislador. El legislador si está autorizado para restringir estos derechos. Webber hace hincapié una y otra vez en la noción según la cual, las limitaciones que lleva a cabo el legislador

constituyen un desarrollo del derecho más que su restricción.” (Aharon, 2017).

Finalmente, dentro de este desarrollo conceptual, resulta pertinente traer a colación a lo que concluye Aharon Barak:

“Los test de proporcionalidad (la conexión racional, la necesidad y la proporcionalidad *en sentido estricto*) se derivan de la noción del deber constitucional de no restringir un derecho protegido a nivel constitucional (como, por ejemplo, la libertad de expresión). Sin embargo, este deber no es absoluto. En algunos casos, un derecho fundamental puede ser objeto de restricción. Los diversos test planteados por la proporcionalidad examinan estos casos desde ángulos diversos. Ellos otorgan a las consideraciones de interés público (tales como aquellas relacionadas con la seguridad nacional) suficiente peso (...)

La situación es diferente cuando la restricción a un derecho fundamental ha sido impuesta con el objeto de lograr la protección de otro derecho fundamental. Las reglas de la proporcionalidad no solo examinan el alcance de la restricción impuesta al derecho fundamental que ha sido restringido, sino que aquellas examinan también el alcance de la protección del derecho fundamental que se encuentra protegido (...)” (Aharon, 2017).

3.3.- Opinión personal

De todo lo antes dicho, se advierte que, dentro de las relaciones de trabajo en el sector público existe un trastoque entre los principios propios del régimen laboral público, como son el principio de meritocracia y acceso en igualdad de condiciones a los empleos públicos frente al principio de primacía de la realidad, que resulta ser un principio ampliamente reconocido en el Derecho del Trabajo.

Al respecto, dicha colisión de principios es generado en el contexto de establecer la reincorporación laboral de un servidor público que no haya ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público en una plaza presupuestada e indeterminada. Es decir, que no se haya observado el mérito y capacidad del servidor al momento de postular al puesto público.

Sobre este punto, el Estado ha sido partícipe en generar estas situaciones, ya que en su calidad de empleador desde la década de los 90 ha utilizado los contratos modales regulados en el DL N° 728, así como contratos de índole civil -locación de servicios y servicios no personales-, de esta forma, no resulta lógico imputar la responsabilidad al servidor público sobre un hecho que es netamente responsabilidad del Estado como empleador público.

En este contexto, es que, dentro del sector público se produce un encuentro entre lo normado en el régimen laboral público frente a lo previsto para el régimen laboral privado. Al respecto, en el presente trabajo de investigación se centra en el análisis de la colisión entre los principios en comento, sobre

esta antinomia jurídica, se observa que tanto la doctrina, como la jurisprudencia ha desarrollado ciertos apuntes en miras de buscar una solución jurídica a dicha situación.

De todo lo revisado, se colige que el método idóneo para solucionar los casos de colisión de principios vendría a ser el test de proporcionalidad, el cual se encuentra compuesto por tres sub principios: i) idoneidad, ii) necesidad, y iii) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. De esta manera, es que, lo que se busca es realizar un razonamiento intelectual balanceando el peso que tiene cada principio colisionado en un caso en concreto, y ver cual satisface los tres sub principios antes citados.

En esa línea, centrándonos en la colisión de principios antes descrita, se tiene que, la gran pregunta que nos tendríamos que hacer es si el ingreso a la carrera administrativa mediante concurso público en una plaza presupuestada e indeterminada resulta ser un bien legítimo que debe perseguir el Estado, y de ser así, deberíamos preguntarnos si hay otros medios igualmente satisfactorios para cumplir con dicho fin legítimo, para finalmente realizar una ponderación entre los principios de primacía de la realidad y meritocracia atendiendo a la situación controvertida descrita.

En base a estas preguntas, es que desarrollaremos la construcción del razonamiento para determinar el peso que cada principio en el caso en concreto tiene, y de esta forma llegar a una solución a dicha antinomia jurídica, sin perder de vista todo el contexto que engloba esta situación, además de entender que el régimen laboral privado y público tienen matices distintos, ya que persiguen fines distintos, que es justamente lo que produce esta antinomia jurídica.

Sin embargo, también resulta correcto afirmar, que ninguna relación laboral debe reducir el ejercicio de los derechos fundamentales de un trabajador, sin importar que estén sean configuradas bajo el régimen laboral público o privado. En ese sentido, es que, el test de proporcionalidad que se efectuara no se limitara en realizar una respuesta a las preguntas antes planteadas, sino ir más allá de ello, que vendría a ser la interpretación constitucional de las normas en cuestión, con el ánimo de llegar a la compatibilización de estos regímenes laborales, lo cual es producido por la situación *sui generis* de los servidores públicos que no hayan ingresado a la carrera administrativo por concurso público.

CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE RESOLVER LA COLISION DE PRINCIPIOS QUE SE SUSCITA EN LA REINCORPORACION LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA

1.- Los principios materia de colisión

Sobre el particular, tal como se desarrolló en líneas precedentes, el Estado en calidad de empleador desde la década de los 90 ha optado por la contratación de personal bajo las normas del DL N° 728, utilizando para ello contratos de trabajo sujetos a modalidad, así como las normas civiles, a través de la contratación bajo la luz de la locación de servicios o servicios no personales.

Debido a esta incorporación de normas propias del régimen laboral privado al régimen laboral público, es que, se produjo una situación *sui generis* dentro del sector público, en tanto, al contar éste con su propia normatividad sobre la regulación laboral de los servidores y funcionarios públicos, como los principios aplicables a dicho régimen, la forma de acceder a la carrera administrativa, y su régimen disciplinario, es que, las entidades públicas flexibilizando este aspecto laboral opto por la contratación bajo las normas del régimen laboral privado.

En este contexto, es que, claramente se puede observar que hay un trastoque entre el principio de mérito y el de primacía de la realidad, ello básicamente se debe a que, en el régimen laboral público se establece que el acceso a la administración pública es mediante concurso público y en una plaza presupuestada permanentes, mientras que, la contratación en el régimen laboral privado se debe un acuerdo de partes -empleador y trabajador-, ya sea, bajo contratos modales, a tiempo parcial, o de plazo indeterminado.

En esa línea, es que, en cuanto el ingreso a laborar para el sector público se puede afirmar que hay un trastoque entre los principios en comento, en donde el primero es propio del régimen laboral público, y el segundo del Derecho del Trabajo General. Bajo este orden de ideas, corresponde señalar que, debido a las múltiples contingencias laborales que producía la contratación modal en el sector público, el Tribunal Constitucional y Corte Suprema emitieron sendas sentencias, las cuales fue producto del criterio establecido por el máximo intérprete de la Constitución, en donde, frente a las demandas de desnaturalización de contrato modal de trabajadores públicos, se declaró la existencia de un fraude a las normas laborales, básicamente porque no se cumplía con el requisito de causalidad que resulta ser la base justificante para utilizar un contrato a plazo determinado, es así que, en múltiples procesos de amparo y laborales se ordenó la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad, ordenándose la reincorporación laboral.

Sin embargo, pese a que este criterio se mantuvo por más de 10 años, en el 2015, hubo un cambio de reglas, lo cual trajo el precedente Huatuco, que reposa en la sentencia del Expediente N° 05057-2013-PA/TC, en donde se establece el cambio de criterio jurisprudencial antes señalado, optándose por la prevalencia del principio de meritocracia, determinándose que el acceso a la carrera administrativa es mediante concurso público y en una plaza presupuestada permanente, es así que, esta colisión de principios hasta la actualidad se mantiene, en tanto, pese a la existencia del precedente vinculante en comento, y de la normatividad vigente, hay una marcada discrepancia en el mundo de los juristas y operadores jurídicos. Es por ello que, resulta necesario la aplicación de un test de proporcionalidad, a efecto de poder solucionar esta colisión de principios.

1.1.- Principio de mérito

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo expuesto en el Artículo 40 de la Constitución Política del Perú, donde se prevé que, la Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. En ese sentido, es que, actualmente la normatividad vigente sobre el régimen laboral público, y la jurisprudencia actual sobre el acceso a la

carrera administrativa, es que, brinda un peso un fuerte al principio de meritocracia, convirtiéndose éste en la base central del acceso a las funciones públicas en igualdad de condiciones, direccionándose a la idoneidad del trabajador en la prestación del servicio público que la institución estatal brinda a la ciudadanía.

En efecto, uno de los roles que manifiesta el Estado dentro de las sociedades modernas es su carácter de empleador, entendiéndosele como una organización que tiene a su cargo un grupo de empleados y de trabajadores que, se ocupan de realizar las labores propias que deben cumplir como entidad estatal. En ese sentido, es que, el Estado como empleador tiene potestades y obligaciones que se les reconoce por tal calidad; sin embargo, las mismas se desarrollan en un ámbito de restricciones, distinto a los empleadores privados, en donde, estas restricciones tienen su sustento en el interés público.

En este extremo, se entiende que las restricciones a las que se hace mención en el párrafo que precede, se refieren al presupuesto público y la contratación del personal, puesto que, ello busca que el Estado garantice igualdad, transparencia, eficiencia y eficacia en el cumplimiento de la función pública, debido a estas restricciones, es que, al Estado no se le reconoce la libertad de contratación con la que gozan los empleadores privados.

En este orden de ideas, es que, el principio de mérito ocupa un lugar fundamental en este principio de transparencia e igualdad que busca el Estado como empleador al momento de contratar personal, que básicamente cuando se trata de acceso a la carrera administrativa, es mediante concurso público, en donde se debe evaluar los méritos y capacidades del postulante, a fin de verificar si resulta ser el idóneo para el puesto de trabajo que se busca contratar, de esta manera es que, cuando hablamos del mérito nos estamos refiriendo a un principio formal que, pretende hacer posible o efectivo el principio sustancial de la igualdad, tanto al momento de acceder a la función pública, como en el transcurso y termino de la misma, en donde se debe fortalecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades, para así lograr no solo los fines colectivos de la idoneidad y eficacia del servicio público brindado, sino también, la transparencia en el ingreso a la carrera administrativa.

Observándose que, el principio de mérito se comporta como un medio que garantiza la igualdad de trato y de oportunidades para los ciudadanos que se consideren con las aptitudes suficientes y necesarias para ocupar puestos públicos. Habiéndose indicando que, el principio de mérito cumple un rol principal en el acceso a la carrera administrativa, también resulta pertinente señalar que, éste tiene participación durante la relación laboral, en donde el trabajador público está sujeto a constantes evaluaciones, a fin de que, se verifique no solo si cumple con los requisitos necesarios para el puesto de trabajo, sino también su eficacia en la prestación de su servicio, lo cual implica el cumplimiento de las tareas, responsabilidades y logros de los objetivos del servicio por parte del trabajador público.

Finalmente, resulta pertinente traer a colación lo que concluye Hernán Darío Vergara respecto al estudio que realiza sobre el principio de mérito y los

derechos fundamentales, puesto que este aporte resulta importante de tenerlo en cuenta al momento que se realizará el test de proporcionalidad entre el principio de mérito y el de primacía de la realidad:

“El Estado Constitucional de derecho es un nuevo escenario jurídico en el que, a partir de la consagración de unos valores, principios y derechos, el Estado tiene una clara orientación hacia el respeto, la promoción y la garantía de la dignidad humana y de los distintos componentes que la integran y realizan, entre ellos los derechos fundamentales. Ello supone entonces, que las instituciones públicas están destinadas ante todo a ese compromiso, y no necesariamente a la prestación simple y llana de los servicios públicos.

(...)

Esa relación estrecha entre principio de mérito y derechos fundamentales, sugiere la ineludible obligación por parte del legislador y de otras autoridades, de diseñar los sistemas de mérito desde la perspectiva de tales derechos, atendiendo a las particulares tensiones que en la aplicación de los regímenes de carrera se puedan con ellos generar. Esto no implica desatender los parámetros propios del servicio público, sino que, por el contrario, contribuye a complementar los propósitos de satisfacción de las necesidades sociales, a partir del equilibrio entre los derechos y la eficiencia y eficacia de su regulación y prestación.” (Mesa, 2020)

1.2.- Principio de primacía de la realidad

Dentro de nuestro país, el principio de primacía de la realidad a diferencia con el principio de meritocracia no cuenta con un reconocimiento y desarrollo legal específico, sólo ha sido objeto de análisis dentro de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 991-2000-PA/TC indica:

“El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22) y, además, como objeto de atención prioritaria del Estado (artículo 23). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocada precisamente en estos términos”. (Ramírez, 2015)

En efecto, el principio de primacía de la realidad es aplicable en aquellos supuestos de hecho donde existe discrepancia entre los hechos y la formalidad, tanto en la configuración, como en la ejecución del contrato de trabajo. Siendo ello así, corresponde señalar que, este principio tiene su sustento en el principio protector del Derecho del Trabajo, y operar en cualquier situación en donde se produzca una discordancia entre lo que sucede en el mundo de los hechos y lo plasmado en los documentos, esto no significa que lo manifestado por las partes en los documentos no tenga importancia, sino que, la presunción de veracidad que sobre ello recae se desvirtúa cuando se demuestra que, en el mundo de los hechos sucede una situación distinta a lo declarado en los documentos, lo cual permite equilibrar de cierta manera las posiciones contractuales entre trabajador y empleador, esto es, como una expresión de desigualdad compensatoria.

Dentro de nuestra jurisprudencia ordinaria laboral y constitucional, encontramos sendas sentencias en donde se ha resuelto pretensiones de reincorporación laboral por desnaturalización de contratos civiles y de trabajo modales, utilizando este principio del Derecho del Trabajo, precisando que, por muchos años este principio laboral ha formado parte de *ratio decidendi* de las sentencias que dilucidaban pretensiones como la antes mencionada en el caso de demandas laborales de trabajadores del sector público que ingresaban a la carrera administrativa sin que medie concurso público.

1.3.- Conclusión arribada del análisis

Finalmente, corresponde señalar que, bajo este panorama de aplicación de normas del régimen laboral privado sobre contratación laboral, frente a la norma del régimen laboral público que establece el ingreso a la carrera administrativa mediante concurso público, es que, se produce un claro trastoque o colisión entre el principio de primacía de la realidad y el de mérito, siendo necesario resolver esta antinomia jurídica, a fin de poder ponderar que principio laboral debe prevalecer sobre el otro, y buscar una solución legislativa para casos *siu generis* como el comentado hasta este momento.

2.- El test de proporcionalidad como el método idóneo para superar la colisión de principios

Aharon Barak señala que: *“la proporcionalidad es una construcción jurídica, es un instrumento metodológico. La proporcionalidad está compuesta por cuatro componentes: el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental (este último componente se denominada también “proporcionalidad en sentido estricto” (ponderación))”*. (Aharon, 2017)

En efecto, partiendo de la premisa establecida por el Tribunal Constitucional en sus múltiples sentencias, que no todo derecho fundamental es absoluto, es que, resulta aceptable las restricciones a las mismas, y siendo que, estas restricciones se estructuran como principios, es que, cuando se dé supuestos de restricciones estamos ante un conflicto de principios, por lo que, el test de proporcionalidad será el método adecuado para solucionar ello, el mismo que se encuentra compuesto por tres sub principios, por lo que, para que una restricción, o en todo caso, para determinar qué principio prevalece sobre otro en una antinomia jurídica en concreto, es que, los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto deben ser superados de manera copulativo.

De esta manera, es que, a efecto de superar la colisión entre el principio de mérito con el de primacía de la realidad, es que, corresponde analizar uno por uno de los sub principios que contempla en test de proporcionalidad, para determinar que, ante la situación problemática descrita precedentemente, cuál es el principio laboral que resulta vencedor.

2.1.- Sub principio de idoneidad

Sobre el particular, la doctrina indica que, este componente examina si una medida que restringe un derecho fundamental está dirigido a un fin que justifique ello. En ese sentido, es que, este sub principio apunta a que toda intervención

que busque restringir un derecho fundamental, para que ésta sea constitucional debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

De esta manera, el profesor mexicano Jaime Cárdenas Gracia señala que:

“El subprincipio de idoneidad consta de dos elementos a tener en cuenta: que la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo. Respecto al elemento referente a que la intervención o afectación en los derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo, es muy importante que ese fin pueda tener fundamento en la propia Constitución o en el bloque de constitucionalidad, es decir, podría tener fundamento legítimo la intervención o afectación si se apoya en los tratados internacionales, en la jurisprudencia constitucional o en normas de Constituciones históricas cuyos principios no estén derogados de manera expresa o implícita por nuevas disposiciones constitucionales o aun en leyes secundarias que amplíen o maximicen derechos fundamentales contemplados en la carta magna.

El fin constitucionalmente legítimo puede prima facie desprenderse de las disposiciones constitucionales que otorgan competencia al principio de libre configuración legislativa o, en el caso de las disposiciones legislativas de competencia, a las normas que confieren a la administración pública facultades de discrecionalidad administrativa. Debemos entender que el fin constitucionalmente legítimo para intervenir o afectar derechos fundamentales requiere estar vinculado con los fines sociales o con intereses que a la sociedad le interesa salvaguardar para que la actuación de la autoridad no sea arbitraria. Una actuación autoritativa que no está relacionada con fines de interés público o interés general es en principio sospechosa de no cumplir con este primer elemento del principio de proporcionalidad.

Como ya dijimos, el segundo elemento de la idoneidad entraña que la medida de intervención o afectación a los derechos fundamentales sea, sino la más útil y eficaz para conseguir el fin propuesto, sí una medida apropiada, es decir, no superflua o ineficaz para arribar al fin constitucionalmente legítimo. La intervención o afectación en los derechos fundamentales de la medida debe servir para promover, fortalecer o ayudar al fin constitucional legítimo de la medida. Puede ocurrir que una medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales lo sea al momento en que el legislador o la administración la dictan y que después ya no lo sea, o viceversa. En estas hipótesis debe entenderse que la idoneidad que debemos preservar es la última, que es la que el juez constitucional tiene que acreditar al momento de dictar su resolución.” (Gracia, 2014)

Entrando al análisis en el caso en concreto, partiendo de la premisa que, el acceso a la carrera administrativa se realiza mediante concurso público en una plaza presupuestada, vacante y permanente, es que, en aquellos casos de trabajadores y/o locadores que prestan sus servicios en una entidad pública, y

que no han ingresado por carrera administrativa, de cierta forma no gozarían de estabilidad en la carrera administrativa, por lo que, de conformidad con la normativa y jurisprudencia vigente, en el supuesto de que su relación laboral se culmine por término de contrato de trabajo, y deseen pretender su reincorporación laboral alegando despido incausado, como nuestra historia jurisprudencial en materia laboral lo ha demostrado hasta antes e incluso después del precedente Huatuco, corresponde balancear los principios que entran en colisión.

Ante dicha situación, es que, corresponde hacernos la siguiente pregunta: **¿El establecer que el acceso a la carrera administrativa mediante concurso público en una plaza presupuestada, vacante y permanente constituye el único medio adecuado para garantizar la idoneidad en el servicio público?**

Al respecto, debemos empezar haciendo la distinción entre régimen laboral público y privado, puesto que ello es necesario para entender la distinción que marca a estos regímenes laborales, en el primero, el Estado opera como un empleador; sin embargo, sus prerrogativas como empleador no son absolutas en el marco de contratación laboral que es lo que nos interesa, como si sucede en el caso de los empleadores privados, debido a que, la principal restricción que se produce en el régimen laboral público es la finalidad que persigue, que es la prestación de un servicio público que busca satisfacer intereses colectivos, situación distinta en el sector privado, donde los intereses que se buscan satisfacer son privado.

En este extremo, corresponde indicar que, esta diferenciación entre régimen laboral público y privado parte de la premisa de la diferenciación de la finalidad que se persigue en ambos regímenes laborales; para lo cual deberíamos hacernos la siguiente interrogante: **¿El interés general como finalidad de la Administración Pública resulta ser relevante para justificar la regulación diferenciada de los derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos con respecto a los trabajadores del régimen privado?**

A modo de respuesta sobre dicha interrogante, conviene indicar que efectivamente la presencia de la presencia de la administración pública en el rol del empleador, trastoca la naturaleza del vínculo laboral entre el Estado, como empleador público, y el servidor público. De esta manera, corresponde indicar que, algunos estudiosos apuntan a predicar la autonomía del empleo público, mientras que otros la incorporan dentro del Derecho del Trabajo; sin embargo, sin importar ello, lo que resulta cierto es que el empleo público cuenta con sus propios principios laborales, los cuales se encuentra reconocidos en la Ley del Servicio Civil, del cual observamos el reconocimiento legal del principio de meritocracia y acceso al empleo público en igualdad de condiciones, el cual trastoca con el principio de primacía de realidad, advirtiéndose así que, no siempre los principios propias del empleo público van a convivir de forma armónica con las del Derecho del Trabajo.

Y ello se debe a que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico tenemos al régimen laboral privado, el mismo que ha sido utilizado por muchos años y hasta en la actualidad por las entidades públicas para la contratación de personal

público, sin tener presente que la norma pública regula que el acceso a la carrera administrativa es por concurso público, lo cual es sustentado en la naturaleza distinta que goza el empleo público frente al privado, además de ello, también tenemos que el Estado ha hecho uso del contrato civil de locación de servicios para formalizar vínculos jurídicos, todo lo cual ha permitido que haya servidores públicos que se vinculaban a la Administración Pública sin concurso, que es propio de la naturaleza jurídica del empleo, y de la operatividad del principio de meritocracia y acceso a la función pública en igualdad de condiciones.

En este orden de ideas, dando una respuesta sólida a la pregunta precedentemente planteada sobre si el interés general de la Administración Pública resulta ser suficiente para distinguir al empleo público del privado, resulta necesario traer a colación las doctrinas propias del derecho público, que es la contractualista y estatutaria.

Sobre la teoría contractualista, se tiene que, esta busca asimilar los contratos que se celebran en el marco del derecho privado y los que lo hacen en el contexto del empleo Público, lo cual para ciertos autores resulta insostenible ya que entre ambos contextos existen diferencias irreductibles. En efecto, esta tesis postula el sometimiento de las prestaciones de servicios en la Administración Pública al Derecho del Trabajo.

Por su contraparte, la teoría estatutaria, apunta a que la naturaleza jurídica de la relación de trabajo en el empleo público resulta ser unilateral, surgida por la exclusiva voluntad de la administración, esto es, del Estado como empleador; de cierta forma, esta teoría busca regular la relación laboral mediante el derecho administrativo para tutelar el interés público.

Al respecto, tenemos que, claramente existe una sustancial diferencia entre el empleo público y privado; y ello se debe en virtud de que inicialmente hay una diferencia sobre las partes contratantes, además de ello, porque se persigue finalidades distintas -interés públicos versus interés privado o particular, y finalmente resulta necesario apuntar que, la remuneración fijada en ambos regímenes es distinto, puesto que, en el empleo pública esta es fijada por Ley, la cual se encuentra supeditado al presupuesto público que el Poder Ejecutivo distribuye a cada entidad pública, situación distinta del régimen privado, donde todo se maneja de acuerdo a las ganancias -utilidades- que obtenga la empresa; es decir, la mejoría salarial no se va ver obstaculizada por las barreras burocráticas que se advierten en el empleo público.

En este orden de ideas, se tiene claro que, en el escenario laboral de nuestro país, a inicio de la década de 1990, se apreció un fuerte reconocimiento de la tesis contractualista en el empleo público, lo cual hasta el día de hoy se sigue apreciando, en tanto, actualmente aún el Estado como empleador utiliza los preceptos normativos del DL N° 728 -régimen laboral privado- para constituir relaciones laborales en el marco de la Administración Pública.

De esta manera, podemos concluir que dentro del empleo público se aprecia una mixtura de las particularidades de la teoría contractualista y estatutaria; sin embargo, no debemos perder de vista, que en base a lo antes dicho

sustancialmente es distinto con el régimen privado, por lo que, como una conclusión válida podemos arribar a indicar que con el precedente Huatuco recaído en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, se advirtió que la tesis preponderante que actualmente se busca sostener en el empleo público en la estatutaria, ya que, busca que el ingreso a la carrera sea por concurso público en una plaza presupuestada y permanente, ello con miras a salvaguardar el fin público que persigue el empleo público.

Es así que, habiéndose hecho esta precisión, al entender que en la función pública, centrándonos sólo en aquellos trabajadores públicos que ingresan a la carrera administrativa, teniendo presente que hay trabajadores que ejercen función pública, pero que no se encuentran inmersos dentro de los parámetros de la carrera administrativa, es así que, la finalidad que se persigue es de interés colectivo, siendo ello la justificación para que en la carrera administrativa su acceso sea mediante concurso público, puesto que de esta manera; es decir, sólo mediante este conducto se podrá garantizar la idoneidad de los funcionarios y servidores públicos que prestaran sus servicios en una entidad estatal.

En efecto, siendo el interés colectivo; es decir los intereses de toda una sociedad que se busca satisfacer en el régimen laboral público, es que, resulta idóneo y adecuado que sea el concurso público a una plaza presupuestada, vacante y permanente el conducto adecuado para satisfacer el interés general en comento, y ello se sustenta también en el artículo 39 de la Constitución, que indica: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, motivo suficiente para que haya un proceso prolijo en donde las personas que decidan acceder a la carrera administrativa demuestren sus capacidades y méritos, y en base a ello se defina su ingreso o no.

Bajo este orden de ideas, corresponde señalar que, el acceso a la carrera administrativa mediante concurso público, permite obtener funcionarios y trabajadores idóneos para la prestación del servicio público que se busca satisfacer, debido a que sólo podrán ingresar a la carrera administrativa aquellos que cumplan con el perfil ocupacional para el puesto de trabajo, en donde, se procederá hacer una evaluación de sus capacidades y competencias académicas y laborales.

Asimismo, esto transmitirá transferencia a la ciudadanía sobre los procesos de selección del personal que estarán a su servicio, lo cual es importante debido a la corrupción que se aprecia dentro de las entidades públicas, caso último a mencionar de conocimiento público, el caso de Richard Swing, quien fue contratado nueve veces por el Ministerio de Cultura en los últimos tres años para actividades ajenas a su experiencia y formación, como charlas motivacionales y de liderazgo, por un monto total de S/ 175,000.00, siendo lo más llamativo, que todos estos contratos se dieron en abril del 2020, en plena crisis sanitaria por la Pandemia del Covid-19, lo cual ha generado una crisis en el mandato presidencial, habiendo iniciado el Ministerio Público las investigaciones penales correspondientes, donde el sustento de todo esta crisis política, es que, el motivo de la contratación del señor en mención se debe a su vínculo con el Presidente de la República, Martín Vizcarra, la cual se habría dado en la época

electoral, cuando el Presidente postulaba en la plancha presidencial del exmandatario Pedro Pablo Kuczynski.

En este extremo, corresponde indicar que, actualmente la crisis política por la cual pasa nuestro país, nos permite inferir que dentro de la órbita de la política hay ciertos partidarios que apuntan a la cultura de las prebendas políticas, la cual implica una ventaja o beneficio que recibe una persona de manera arbitraria, que en el ámbito político se materializa cuando el objetivo es ganar las elecciones, o mantenerse en el poder a toda costa, a cambio de ofrecer puestos públicos. De esta manera corresponde señalar que no resulta ser un secreto que, en la historia nacional, grupos económicos se han vinculado con organizaciones políticas, y así definen funcionarios en los distintos ámbitos del Poder Público, garantizándose de esta manera las prebendas políticas.

A ello, corresponde agregar que, según el blog de la Defensoría del Pueblo: *“La corrupción afecta a las instituciones del Estado, la labor de los funcionarios y la vida cotidiana de la ciudadanía. Anualmente, la corrupción le cuesta al país S/ 12 974 millones y es considerado el segundo problema más importante del Estado peruano.”* (Defensoría del Pueblo, Noviembre). De la misma manera citando a un artículo publicado en Diario “Gestión”, se tiene que: *“Más de la mitad de los ciudadanos en América Latina y el Caribe cree que la corrupción está aumentando y que su gobierno no hace lo suficiente para combatirla, especialmente en Venezuela, República Dominicana y Perú, según un estudio de la ONG Transparencia Internacional (TI) publicado este lunes.”* (Diario Gestión, 2020).

De esta manera, se observa que, con la ejecución de que el ingreso a la carrera administrativa se realice mediante concurso público, transmite transparencia sobre el proceso de selección de los servidores públicos que estarán a disposición de la ciudadanía, lo cual permitirá obtener mejores resultados, los cuales no sólo se verán en la mejoría del servicio brindado que será desarrollado por un personal idóneo, sino también es la transparencia del uso del dinero público, lo cual se verá reflejado en erradicar el pensamiento de obtener puestos públicos por favor, o porque apoye a un específico futuro gobernante nacional, municipal o regional en la época electoral.

De todo lo antes indicado, se puede concluir que resulta adecuado el acceso a la carrera administrativa mediante concurso público, puesto que permitirá evitar casos como el antes mencionado, además de que, erradicará la mala imagen del Estado en la ciudadanía, permitiendo contar con trabajadores público idóneos por sus méritos y capacidades que permitan demostrar su capacidad profesional para el servicio que se brinda, y de esta manera satisfacer plenamente el interés colectivo.

2.2.- Sub principio de necesidad

Al respecto, este componente del test de proporcionalidad, busca determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación; asimismo, busca analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales.

En efecto, con este sub principio se busca verificar si existen medios alternativos frente a la restricción del derecho fundamental objeto de análisis; esto es, se trata de un análisis de relación medio-medio, es decir, de una comparación entre medios, es debido a esta definición que se le conoce también con el nombre del requisito de los medios menos restrictivos.

Respecto al caso en concreto, habiendo previamente realizado el análisis del sub principio de idoneidad, donde se determinó que, el acceso a la carrera administrativa mediante concurso público resulta adecuado para transmitir transparencia en los procesos de selección de los servidores públicos, también es cierto que, ello permitirá satisfacer el interés colectivo que persigue el régimen laboral público, entendiéndose que los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la ciudadanía, razones suficientes para permitir entender que el principio de meritocracia es necesario en el acceso a la carrera administrativa.

Es así que, al haber superado el principio de meritocracia el sub principio de idoneidad, a efecto, de verificar si supera o no el sub principio de necesidad, corresponde pertinente hacernos la siguiente pregunta: ¿El establecer que el acceso a la carrera administrativa mediante concurso público en una plaza presupuestada, vacante y permanente constituye el único medio necesario para garantizar la idoneidad en el servicio público, o en su defecto, en los supuestos de trabajadores y/o locadores que se encuentren en la carrera administrativa deben permanecer en ella, pese a no haber ingresado a ella por concurso público, en aplicación del principio de primacía de la realidad se debe optar por su estabilidad en la carrera administrativa?

Al respecto, resulta pertinente señalar que, por varios años, nuestro Tribunal Constitucional y Corte Suprema han venido aplicando un criterio unánime para resolver aquellos procesos laborales y de amparo, donde pretendían la desnaturalización de un contrato de trabajo modal, y con ello la reincorporación laboral aduciendo haber sufrido un despido incausado.

Sobre el particular, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se observa que, sobre el principio de primacía de la realidad el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00689-2003-AA/TC indica que, dicho principio es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente impuesto por la naturaleza tuitiva de la Constitución, que consagra al trabajo como un deber y derecho, que resulta ser la base del bienestar social y medio de realización de la persona. De la misma manera, otra sentencia que corresponde citar es la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, donde se indicó que, el artículo 34 del TUO del DL N° 728 es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional, siendo que uno de los aspectos del contenido esencial del derecho del trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa.

En ese sentido, se puede observar que el máximo intérprete de la constitución en múltiples sentencias, antes de la emisión del precedente Huatuco, ha optado por declarar fundadas demandas de amparo donde trabajadores públicos solicitaban su reincorporación laboral invocando la desnaturalización de su contrato modal, así a manera de ejemplo, tenemos el caso resuelto por una

auxiliar judicial para que sea reincorporada en su cargo en la Corte Superior de Justicia de Tacna, dejándose sin efecto el despido arbitrario del que ha sido víctima [véase sentencia recaída en el Expediente N° 06349-2007-PA/TC].

Por su parte, la Corte Suprema también ha emitido múltiples pronunciamientos donde ha establecido la desnaturalización de contratos de trabajo a plazo determinado de servidores públicos por aplicación del primacía de la realidad, a manera de ejemplo podemos citar la CASACIÓN N° 1178-2014-LIMA, donde la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República resuelve el recurso de casación interpuesto por la SUNAT contra la sentencia de vista que confirma la sentencia de primera instancia, que declara fundada en parte una demanda laboral donde se peticiono la desnaturalización de contrato de obra o servicio.

En efecto, los máximos organismos de solución de casos judiciales, ya sea en la vía ordinaria, como en la constitucional han aplicado por varios años el principio de primacía de la realidad, bajo el cual, prevalecía lo que sucedía en el mundo de los hechos sobre lo que contenía los documentos, en este caso, los contratos de trabajo, donde pese a indicarse que la contratación laboral era por plazo determinado, se demostraba probatoriamente que, había una relación laboral de naturaleza indeterminada por la naturaleza del servicio que se prestaba, o en el supuesto de locadores de servicios, que nos encontrábamos frente a un contrato de naturaleza laboral, y no civil, por lo que, todo este análisis probatorio desemboca en la reincorporación laboral por despido incausado.

Sin embargo, con el Precedente Huatuco, el máximo intérprete de la constitución procede a realizar un análisis normativo respecto a la carrera administrativa, para lo cual señalan que esta resulta ser un bien jurídico constitucional. En ese sentido, es que se produce un cambio jurisprudencial, pero esta vez la visten de precedente vinculante, indicándose que el acceso a la carrera administrativa debe ser por concurso público en una plaza presupuestada, vacante y permanente.

En efecto, si partimos de la premisa que buscamos la idoneidad en el servicio público que se brinda, puesto que ello, es en sí la razón de ser del régimen laboral público, donde los funcionarios y servidores públicos por mandato constitucional se encuentran a disposición de la ciudadanía, corresponde señalar que, el único medio necesario para lograr este objetivo sería la realización de un proceso de selección prolijo del personal que ingresara a la carrera administrativa, toda vez que, no se contempla en este contexto que haya otra forma de lograr tal fin legítimo -idoneidad del servidor público-.

En este extremo, corresponde indicar que, en el supuesto que se opte por mantener a personal que ingreso a la carrera administrativa sin que haya habido de por medio concurso público, ello en aplicación del principio de primacía de la realidad, con lo cual se desnaturaliza los contratos sujetos a modalidad o locación de servicios dependiendo del caso, y así lograr que se establezca que tienen una relación de trabajo a plazo indeterminado con el Estado, produciría garantizar una estabilidad a personal que puede ser que sea competente o no;

sin embargo, el grado de certeza respecto a su idoneidad sería mínimo, es decir, habría siempre una incertidumbre sobre su idoneidad como servidor público.

En esa línea, corresponde indicar que, si bien durante la relación laboral de estos trabajadores o servidores civiles que se hayan logrado la desnaturalizado de su contrato de trabajo modal, o contrato civil dependiendo del caso en aplicación del principio de primacía de la realidad su permanencia en ella dependería de su idoneidad en el servicio público que se brinda, siempre que la entidad estatal haga evaluaciones sobre la idoneidad de sus trabajadores, pero en el supuesto que no lo haga mantendrá trabajadores que no hayan cumplido con los cánones necesarios y pertinentes para garantizar la idoneidad del servicio, toda vez que, no han ingresado por concurso público, produciendo ello no sólo un gasto público innecesario, sino también restando transparencia y eficacia a la carrera administrativa, con lo cual no se lograría cumplir los objetivos de la carrera administrativa como bien jurídico constitucional.

En conclusión, el ingreso a la carrera administrativa mediante concurso público, en donde los servidores públicos demuestren sus capacidades y méritos resultan ser el conducto necesario y único para satisfacer los intereses colectivos que persigue el régimen laboral público, teniendo siempre en claro la diferencia marcada con el régimen laboral privado, donde se persigue intereses privados, motivo por el cual, el principio de primacía de la realidad, en estos casos en comento lo único que produciría es mantener personal que generen certidumbre derrotable sobre su capacidad profesional y académica que permita demostrar que cumplen con el perfil ocupacional del puesto de trabajo.

Y, sobre este último apunte debe señalarse que, la meritocracia evitaría que después de tanto años de permanencia en un determinado puesto público, con una reorganización estructural se percaten que haya trabajadores que ostente determinados puestos de trabajo sin que cumplan con el perfil ocupacional para ello, uno de estos casos, podemos citar la Ley N° 30742, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de La República y del Sistema Nacional de Control, que en su artículo 3 realizan diversas modificaciones a la Ley N° 27785, Ley Orgánica de Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en donde es estipulo que, todos los funcionarios y servidores públicos de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control deben contar con título profesional universitario con colegiatura y habilitación profesional, cuando corresponda, o en caso de carrera técnica, acreditada con la titulación correspondiente.

Ello genero que, la Contraloría General de la República identifique los casos de trabajadores que ocupan un cargo sin cumplir con el perfil ocupacional para ello, detectándose que, había trabajadores que ocupan cargos públicos de alta jerarquía, que estaban estructurados dentro del grupo ocupacional de profesionales; sin embargo, no contaban con título profesional, algunos eran bachilleres, y otros ni siquiera habían culminado sus estudios universitarias, siendo ello una clara demostración del porque es necesario que el ingreso a la carrera administrativa sea mediante concurso público donde se demuestra los méritos y capacidades de los postulantes

2.3.- Sub principio de proporcionalidad en estricto

Este último componente del test de proporcionalidad, consiste básicamente en verificar si la medida es proporcional, lo cual se logrará sólo si se demuestra que la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales es menos gravosa en comparación con la intensidad de la satisfacción del derecho o bien jurídico constitucional que se intenta concretar con la medida propuesta, *contrario sensus*, si la intensidad de la afectación del derecho es más grave, la medida deberá ser prohibida.

Siendo así, este sub principio busca aplicar una regla de ponderación, lo cual permitirá evaluar en función al caso concreto la importancia o prevalencia de los intereses constitucionales en conflicto, donde uno debe preceder o tener más valor que el otro; es decir, se busca determinar cuál será el bien jurídico que es preferido, y el que debe ceder en atención a las circunstancias propias de cada caso.

En efecto, habiéndose superado los sub principios antes analizados, a efecto de finalizar el test de proporcionalidad para resolver la colisión entre el principio de meritocracia y primacía de la realidad, resulta necesario hacer la evaluación de este último sub principio. Al respecto, debemos hacer un balance entre estos dos principios laborales, a fin de poder determinar cuál de ellos genera menos afectación a los derechos fundamentales de los trabajadores; es decir, cual sería la medida menos restrictiva.

Partiendo de esta premisa, en primer lugar, corresponde señalar que, claramente la aplicación del principio de primacía de la realidad al garantizar la estabilidad laboral de aquellos servidores públicos que ingresaron a la carrera administrativa sin que hayan pasado por un concurso público beneficiaría ampliamente a estos, ya que les permitiría mantener su trabajo, seguir percibiendo una remuneración y con ello satisfacer sus necesidades personales, sociales y familiares; por lo que, viendo la otra cara de la moneda que, sería la aplicación del principio de meritocracia, la cual predica que el acceso a la carrera administrativa sea mediante concurso público produciría una afectación al derecho del trabajo de estos trabajadores públicos, por lo que, si agotamos en ello el análisis resultaría ganador el principio de primacía de la realidad, puesto que mediante este se le brinda una protección amplia a los trabajadores que ingresaron a la carrera administrativa de una forma distinta a la establecida en la Ley.

Sin embargo, el asunto es más macro, toda vez que, a diferencia del sector privado donde se persigue intereses privados, en base a los cuales se puede optar por una protección amplia al trabajador como la antes indicada, en el sector público se persigue intereses colectivos, y ello resulta ser la razón justificante para admitir restricciones constitucionales a los derechos fundamentales de sus trabajadores públicos.

En efecto, el Estado busca garantizar transparencia en la contratación de su personal, y no sólo para obtener la idoneidad de sus trabajadores y con ello brindar un servicio público óptimo que permita satisfacer el interés público o colectivo que persigue el régimen laboral público; sino también, presentarse ante

la sociedad con una imagen institucional intachable, en donde se erradique la corrupción en este aspecto del Estado, lo cuál perjudica al país económicamente, debido a que, el mantener a personal que no demuestra las capacidades para el puesto público que ocupa no solo produce una inversión económica infructífera para el Estado, sino también seguir brindando un servicio público reprochable por la sociedad, con lo cual no se vería satisfecho el precepto constitucional que reposa en el artículo 39 de la Constitución Política, ya que, no basta que los funcionarios y servidores públicos estén al servicio de la nación, sino que, esta supeditación sea efectiva, satisfaciendo los intereses colectivos y no solo de un grupo de personas.

Es por ello que, a criterio del investigador la restricción en mención es válida y justificable, además de que desde un punto de vista nacional -macro-, no se debe optar por proteger a un grupo de personas -que serían los trabajadores que no ingresaron a la carrera administrativa por concurso público-, sino optar por garantizar la satisfacción de los intereses colectivos, lo cual se logra con la búsqueda de personal idóneo y adecuado que demuestre sus capacidades profesionales y académicas para tener un puesto público, ello en aplicación del principio de meritocracia, siendo éste el principio fundamental de la carrera administrativa.

Como punto final, corresponde señalar que, en la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional evidencia el conflicto entre el principio de primacía de la realidad, un principio propio del Derecho del Trabajo, y el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, un principio propio del Empleo Público, el cual se ve materializado con el principio de meritocracia; sin embargo, dicho Colegiado Supremo no exteriorizo su razonamiento para determinar qué principio prima sobre el otro.

En cierto modo, lo que se busca con este análisis de proporcionalidad, no es determinar qué principio saca de esta órbita al otro principio, sino balancear ambos principios, y determinar de forma concreta que en la situación jurídica de trabajadores públicos que ingresaron a la carrera administrativa sin concurso público, que principio adquiere mayor peso que el otro.

De esta manera, se observa que efectivamente el principio de meritocracia supera ampliamente el sub principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Y ello, se debe básicamente, porque el límite que recae sobre aquellos trabajadores públicos que ingresaron a la carrera administrativa sin concurso pública, que ante una situación de cese laboral no puedan obtener su reincorporación laboral resulta ser constitucional, y ello se ve reflejado en que, debemos entender que el empleo público es sustancialmente distinto con el privado, porque los fines que se persigue son de carácter colectivo, de interés públicos.

En ese sentido, es que, por más que actualmente se continúe mezclando los regímenes laborales privado y público en las entidades estatales, se debe buscar el ingreso a la carrera administrativa por concurso público, ya que, no sólo va brindar transparencia en el proceso de selección, sino también la obtención de idoneidad en el servicio público brindado. Y, ello permitirá

concretar el principio de meritocracia y acceso a los puestos públicos en igualdad de condiciones, que resultan ser principios laborales propios del empleo público, que en la órbita de una relación laboral dentro de la administración pública tienen un peso mayor que los principios propios del Derecho del trabajo.

Lo cual conlleva a incitar con mayor rigidez a las entidades estatales a dar cumplimiento con lo dispuesto en la primera disposición complementaria transitoria de la Ley del Servicio Civil, donde se estipulo que la implementación de dicho régimen laboral que busca unificar todo el empleo público se realiza de manera progresiva, debiendo concluir en un plazo máximo de 06 años; sin embargo, teniendo presente que dicha norma legal fue promulgada en el año 2013 ha transcurrido más de 06 años, y a la fecha las únicas entidades públicas que cuentan con resolución de inicio a la Ley del Servicio Civil son:

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
1	MEF	Ministerio de Economía y Finanzas	Nacional	<u>Resolución 360-2015-SERVIR-PE</u>
2	MINJUS	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Nacional	<u>Resolución 361-2015-SERVIR-PE</u>
3	MINDEF	Ministerio de Defensa	Nacional	<u>Resolución 362-2015-SERVIR-PE</u>
4	MINEM	Ministerio de Energía y Minas	Nacional	<u>Resolución 363-2015-SERVIR-PE</u>
5	PRODUCE	Ministerio de la	Nacional	<u>Resolución 364-2015-</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
		Producción		<u>SERVIR-PE</u>
6	ONP	Oficina de Normalización Previsional	Nacional	<u>Resolución 365-2015-SERVIR-PE</u>
7	IGP	Instituto Geofísico del Perú	Nacional	<u>Resolución 366-2015-SERVIR-PE</u>
8	PROVIAS Nacional	Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional	Nacional	<u>Resolución 367-2015-SERVIR-PE</u>
9	CEPLAN	Centro Nacional de Planeamiento Estratégico	Nacional	<u>Resolución 368-2015-SERVIR-PE</u>
10	CONCYTEC	Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica	Nacional	<u>Resolución 369-2015-SERVIR-PE</u>
11	SUSALUD	Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud	Nacional	<u>Resolución 370-2015-SERVIR-PE</u>
12	SERFOR	Servicio Nacional Forestal	Nacional	<u>Resolución 371-2015-</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
		y de Fauna Silvestre		<u>SERVIR-PE</u>
13	OSINFOR	Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre	Nacional	<u>Resolución 372-2015-SERVIR-PE</u>
14	SIS	Sistema Integral de Salud	Nacional	<u>Resolución 373-2015-SERVIR-PE</u>
15	SENACE	Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles	Nacional	<u>Resolución 374-2015-SERVIR-PE</u>
16	DEVIDA	Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas	Nacional	<u>Resolución 375-2015-SERVIR-PE</u>
17	CONADIS	Consejo Nacional para Integración de la Persona con Discapacidad	Nacional	<u>Resolución 376-2015-SERVIR-PE</u>
18	SENASA	Servicio Nacional de Sanidad Agraria	Nacional	<u>Resolución 377-2015-SERVIR-PE</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
19	ACFFAA	Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas	Nacional	<u>Resolución 378-2015-SERVIR-PE</u>
20	SERVIR	Autoridad Nacional del Servicio Civil	Nacional	<u>Resolución 379-2015-SERVIR-PE</u>
21	MIDIS	Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social	Nacional	<u>Resolución 039-2016-SERVIR-PE</u>
22	SANIPES	Organismo Nacional de Sanidad Pesquera	Nacional	<u>Resolución 061-2016-SERVIR-PE</u>
23	MINCETUR	Ministerio de Comercio Exterior y Turismo	Nacional	<u>Resolución 062-2016-SERVIR-PE</u>
24	MININTER	Ministerio del Interior	Nacional	<u>Resolución 072-2016-SERVIR-PE</u>
25	MVCS	Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	Nacional	<u>Resolución 074-2016-SERVIR-PE</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
26	COPESCO	Plan COPESCO Nacional	Nacional	Resolución 080-2016-SERVIR-PE
27	SERNANP	Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado	Nacional	Resolución 083-2016-SERVIR-PE
28	PNSU	Programa Nacional de Saneamiento Urbano	Nacional	Resolución 089-2016-SERVIR-PE
29	TC	Tribunal Constitucional	Nacional	Resolución 099-2016-SERVIR-PE
30	OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental	Nacional	Resolución 109-2016-SERVIR-PE
31	Pensión 65	Programa Nacional de Asistencia Solidaria	Nacional	Resolución 110-2016-SERVIR-PE
32	JUNTOS	Programa Nacional de Apoyo Directo a los mas Pobres	Nacional	Resolución 111-2016-SERVIR-PE

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
33	MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables	Nacional	Resolución 119-2016-SERVIR-PE
34	SUNEDU	Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria	Nacional	Resolución 120-2016-SERVIR-PE
35	APN	Autoridad Portuaria Nacional	Nacional	Resolución 183-2016-SERVIR-PE
36	MINAGRI	Ministerio de Agricultura y Riego	Nacional	Resolución 184-2016-SERVIR-PE
37	INACAL	Instituto Nacional de Calidad	Nacional	Resolución 218-2016-SERVIR-PE
38	IRTP	Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú	Nacional	Resolución 257-2016-SERVIR-PE
39	PERU COMPRAS	Central de Compras Públicas	Nacional	Resolución 023-2017-SERVIR-PE

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
40	ANA	Autoridad Nacional del Agua	Nacional	<u>Resolución 088-2017-SERVIR-PE</u>
41	INDECI	Instituto Nacional de Defensa Civil	Nacional	<u>Resolución 211-2017-SERVIR-PE</u>
42	Presidencia	Despacho Presidencial	Nacional	<u>Resolución 245-2017-SERVIR-PE</u>
43	SERPAR	Servicio de Parques de Lima	Local	<u>Resolución 293-2017-SERVIR-PE</u>
44	SAT Lima	Servicio de Administración Tributaria de Lima	Local	<u>Resolución 294-2017-SERVIR-PE</u>
45	INS	Instituto Nacional de Salud	Nacional	<u>Resolución 300-2017-SERVIR-PE</u>
46	SUTRAN	Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías	Nacional	<u>Resolución 011-2018-SERVIR-PE</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
47	AGN	Archivo General de la Nación	Nacional	<u>Resolución 026-2018-SERVIR-PE</u>
48	Qali Warma	Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma	Nacional	<u>Resolución 027-2018-SERVIR-PE</u>
49	MINAM	Ministerio del Ambiente	Nacional	<u>Resolución 040-2018-SERVIR-PE</u>
50	GRP	Gobierno Regional de Piura	Regional	<u>Resolución 044-2018-SERVIR-PE</u>
51	CVH	Centro Vacacional Huampaní	Nacional	<u>Resolución 045-2018-SERVIR-PE</u>
52	MPSC	Municipalidad Provincial Sánchez Carrión.	Local	<u>Resolución 067-2018-SERVIR-PE</u>
53	MPP	Municipalidad Provincial de Pachitea	Local	<u>Resolución 109-2018-SERVIR-PE</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
54	FONCODES	Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social	Nacional	<u>Resolución 110-2018-SERVIR-PE</u>
55	MDL	Municipalidad Distrital de Lince	Local	<u>Resolución 123-2018-SERVIR-PE</u>
56	PEMS	Proyecto Especial Majes Sigvas	Local	<u>Resolución 132-2018-SERVIR-PE</u>
57	AGRO RURAL	Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural	Nacional	<u>Resolución 133-2018-SERVIR-PE</u>
58	CONIDA	Comisión Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial	Nacional	<u>Resolución 141-2018-SERVIR-PE</u>
59	PNCM	Programa Nacional Cuna Más	Nacional	<u>Resolución 142-2018-SERVIR-PE</u>
60	INPE	Instituto Nacional Penitenciario	Nacional	<u>Resolución 177-2018-SERVIR-PE</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
61	COFOPRI	Organismo de Formalización de la Propiedad Informal	Nacional	Resolución 178-2018-SERVIR-PE
62	BNP	Biblioteca Nacional del Perú	Nacional	Resolución 186-2018-SERVIR-PE
63	GRA	Gobierno Regional de Apurímac	Regional	Resolución 187-2018-SERVIR-PE
64	INGEMMET	Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico	Nacional	Resolución 188-2018-SERVIR-PE
65	MDC	Municipalidad Distrital de Carabayllo	Local	Resolución 210-2018-SERVIR-PE
66	SBN	Superintendencia Nacional de Bienes Estatales	Nacional	Resolución 220-2018-SERVIR-PE
67	IMARPE	Instituto del Mar del Perú	Nacional	Resolución 229-2018-SERVIR-PE

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
68	SENAMHI	Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú	Nacional	<u>Resolución 231-2018-SERVIR-PE</u>
69	APCI	Agencia Peruana de Cooperación Internacional	Nacional	<u>Resolución 245-2018-SERVIR-PE</u>
70	MDC	Municipalidad Distrital de Chancay	Local	<u>Resolución 010-2019-SERVIR-PE</u>
71	INVERMET	Fondo Metropolitano de Inversiones	Nacional	<u>Resolución 014-2019-SERVIR-PE</u>
72	INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual	Nacional	<u>Resolución 037-2019-SERVIR-PE</u>
73	FONDEPES	Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero	Nacional	<u>Resolución 049-2019-SERVIR-PE</u>
74	MTPE	Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo	Nacional	<u>Resolución 064-2019-</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
				<u>SERVIR-PE</u>
75	UNT	Universidad Nacional de Trujillo	Nacional	<u>Resolución 065-2019-SERVIR-PE</u>
76	MINCUL	Ministerio de Cultura	Nacional	<u>Resolución 084-2019-SERVIR-PE</u>
77	UNAT	Universidad Nacional Autónoma de Tayacaja "Daniel Hernández Morillo"	Nacional	<u>Resolución 095-2019-SERVIR-PE</u>
78	MPC	Municipalidad Provincial de Carhuaz	Local	<u>Resolución 157-2019-SERVIR-PE</u>
79	MINSA	Ministerio de Salud	Nacional	<u>Resolución 159-2019-SERVIR-PE</u>
80	GROLL	Gobierno Regional de La Libertad	Regional	<u>Resolución 160-2019-SERVIR-PE</u>
81	CENEPRED	Centro Nacional de Estimación, Prevención y	Nacional	<u>Resolución 162-2019-</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
		Reducción del Riesgos de Desastres		<u>SERVIR-PE</u>
82	IPEN	Instituto Peruano de Energía Nuclear	Nacional	<u>Resolución 173-2019-SERVIR-PE</u>
83	PCM	Presidencia del Consejo de Ministros	Nacional	<u>Resolución 178-2019-SERVIR-PE</u>
84	ENAMM	Escuela Nacional de Marina Mercante "Almirante Miguel Grau"	Nacional	<u>Resolución 185-2019-SERVIR-PE</u>
85	PET	Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de Recursos Hídricos de Tacna	Nacional	<u>Resolución 008-2020-SERVIR-PE</u>
86	OSITRAN	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público	Nacional	<u>Resolución 010-2020-SERVIR-PE</u>
87	MTC	Ministerio de Transportes y Comunicaciones	Nacional	<u>Resolución 011-2020-SERVIR-PE</u>

Numero	Entidad (Siglas)	Entidad (Nombre)	Nivel de Gobierno	Resolución de Inicio
88	PAIS	Programa Nacional País	Nacional	Resolución 017-2020-SERVIR-PE
89	GORE Ancash	Gobierno Regional de Ancash	Regional	Resolución 024-2020-SERVIR-PE
90	GORE Madre de Dios	Gobierno Regional de Madre de Dios	Regional	Resolución 035-2020-SERVIR-PE
91	SUCAMEC	Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de uso Civil – SUCAMEC	Nacional	Resolución 046-2020-SERVIR-PE
92	INABIF	Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar – INABIF	Nacional	Resolución 081-2020-SERVIR-PE

*Fuente: página web de la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR

Lo cual demuestra que resulta necesario hacer este test de proporcionalidad, a fin de coadyuvar el criterio sentado en el precedente Huatuco, ya que, se busca dar un mejor entendimiento del porque el principio de meritocracia y acceso al empleo público en igualdad de condiciones tiene un peso mayor sobre el principio de primacía de la realidad, en tanto, aparte de entender que se busca la idoneidad del trabajador público y la concretación del fin público, también se garantiza el bien jurídico constitucional de la carrera administrativa.

2.4.- Elemento adicional propuesto por Robert Alexy

Robert Alexy es un filósofo del derecho, jurista alemán y catedrático de derecho público y filosofía del derecho de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, hasta su retiro a finales de 2013. Es quien ha formulado varias aportaciones a la argumentación jurídica, teoría de los derechos humanos y fundamentales, y la filosofía del derecho.

Centrándonos en el asunto que nos corresponde analizar, en su libro Teoría de los derechos fundamentales hace referencia a la distinción entre regla y principio, sosteniendo que esta primera son aquellas normas que deben ser cumplidas o no; es decir, contienen determinaciones que en el mundo de lo fáctico y jurídico es posible, esto es, regula situaciones concretas con consecuencias concretas; mientras que, los principios para Robert Alexy son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, es así que, para él los principios son mandatos de optimización, puesto que pueden ser cumplidas en diferente grado, siempre que se delimite por las posibilidades reales y jurídicamente posibles.

En efecto, para este investigador, partiendo de la distinción cualitativa que hay entre las reglas y los principios es que cuando hay colisión de principios y conflicto de reglas, su forma de solucionarlo es distinto. Sobre ello, indica que, un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o bien declarando inválida una de ellas; es decir, en este tipo de conflictos, la solución es buscar que regla es jurídicamente válida y cual no.

Mientras que, en el caso de colisión de principios, que es el asunto que nos interesa para la presente investigación, Robert Alexy sostiene que, cuando dos principios en colisión se deben básicamente porque uno de ellos formula que algo se encuentra prohibido, mientras que, el otro formula que se encuentra permitido, es así que, para solucionar esta colisión uno de los principios tiene que ceder ante el otro, pero ello no significa que deba ser declarado inválido, o que se le deba incluir una cláusula de excepción; es decir que, en una determinada situación los principios tienen diferente peso y es así que prima el principio con mayor peso.

En efecto, la distinción radica en que para solucionar un conflicto de reglas esta se enmarca en la dimensión de la validez, mientras que para solucionar una colisión de principios esta se enmarca en la dimensión del peso. En esa línea, Robert Alexy propone la teoría de la ponderación, a efecto de que se pueda solucionar el conflicto de principios, lo cual radica en una fundamentación racional partiendo del principio de proporcionalidad.

Según la teoría de Robert Alexy, en primer lugar, se debe examinar la adecuación de una medida que restrinja un derecho -sub principio de idoneidad-, para luego pasar a examinar si tal restricción es necesario o si existe otra medida alternativa que resulta ser menos gravosa y con el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo -sub principio de necesidad-, y, en último lugar, examinar el sub principio de

proporcionalidad en estricto, es así que, para Alexy esta sería la fórmula correcta para una correcta argumentación cuando haya situaciones de restricciones de derechos o bienes jurídicos constitucionales.

De esta manera es que, en el ítem precedente hemos realizado el test de proporcionalidad para solucionar la colisión entre el principio de meritocracia -propio del empleo público- con el de primacía de la realidad -propio del Derecho del Trabajo-, estableciendo que en el supuesto de reincorporación laboral de aquellos trabajadores públicos sujetos al DL N° 728 y servidores bajo la figura de la locación de servicios -que se encuentre desnaturalizado- que no hayan ingresado mediante concurso público a la carrera administrativa en atención a las reglas establecidas en el precedente Huatuco, el principio de meritocracia tiene un mayor peso sobre el de primacía de la realidad.

En este extremo, resulta pertinente hacer alusión a una gran crítica que se hace al sub principio de necesidad, en donde un sector de la doctrina sostiene que el análisis sobre las medidas alternativas que resulte ser menos gravosa que la cuestionada y con el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo se centra en un análisis subjetivo, en tanto, no todos los operadores jurídicos hacen un razonamiento lógico argumentativo de la misma intensidad; es decir, para algunos la medida cuestionada ser la única medida para lograr el fin constitucional, mientras que, para otros operadores jurídicos podrán observar dos o más medidas alternativas.

Sin embargo, Robert Alexy para superar esta crítica sostiene que, dentro del análisis en mención debe tenerse presente también un elemento adicional, el cual se encuentra inspirado en la exigencia de valorar si los beneficios que se derivan de la consecución de dicho bien colectivo son mayores que los perjuicios inherentes al sacrificio del derecho fundamental; es decir, que los intereses colectivos, o el bienestar social, o la paz social en una sociedad democrática están por encima de todo, por lo cual, se debe perseguir el bien colectivo.

En ese sentido, es que, conforme se puede observar del análisis del test de proporcionalidad realizado precedentemente, el bien colectivo que se persigue en la restricción en la reincorporación para los trabajadores que laboran en el sector público sujetos al DL 728 que no hayan ingresado por concurso público y servidores bajo la figura de la locación de servicios -que se encuentre desnaturalizado- que no hayan ingresado mediante concurso público a la carrera administrativa en atención a las reglas establecidas en el precedente Huatuco se fundamenta en el interés que persigue el empleo público que resulta ser un interés colectivo, en atención a que según el artículo 40 de la Constitución Política los servidores y funcionarios públicos se encuentran a disposición de la Nación, situación distinta que sucede en el empleo privado, donde los intereses que se persigue son privados.

De esta manera, se observa que justamente el bien colectivo que se persigue es la transparencia frente a la sociedad sobre el proceso de selección del personal que ingresara a la carrera administrativa, y con ello garantizar a la nación que el personal contratado es idóneo por lo que, el servicio brindado es

óptimo y satisfará los intereses de los ciudadanos que necesiten recurrir a tal servicio público.

En conclusión, el principio de meritocracia busca que haya una igualdad de armas al momento de postular a un puesto público, en donde el ganador será por sus méritos y capacidades, y no, porque sea producto de una prebenda política, o por una colocación por favor, con ello, nos permite erradicar la corrupción a nivel de contratación de personal que ingresa a la carrera administrativa, y así tener una imagen transparente y elocuente frente a la sociedad, demostrando que el presupuesto público se utiliza de manera adecuada con miras a satisfacer los intereses colectivos.

3.- Situaciones *siu generis* en la administración pública

En efecto, durante toda la investigación hemos buscado la consolidación del principio de meritocracia e igualdad de acceso al empleo público en igualdad de condiciones, que situándolo en un contexto concreto, como es la reincorporación laboral de aquellos trabajadores sujetos al régimen laboral del DL N° 728, y locadores -trabajadores encubiertos- que no hayan ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público, se determinó que los principios propios del empleo público gozan de un peso mayor que el principio de primacía de la realidad, que es un principio del Derecho del Trabajo; sin embargo, ello no significa que el principio de primacía de la realidad deba ser declarado inválido, sino que, en la situación antes citada, la misma tiene un peso menor que el principio de meritocracia.

Sin embargo, con la dación de la Ley N° 30555, que fue ampliada legislativamente por la Ley N° 31039 se puede advertir que el legislador buscó flexibilizar el principio de meritocracia, yendo en contra de todo lo regulado en las normas del régimen laboral público, como es el ascenso en la carrera administrativa a través de concursos públicos.

Es así que, en este capítulo, se procederá a realizar un análisis sobre esta situación *siu generis* en la administración pública, específicamente en estas dos normas aplicadas al sector salud, precisando que, si bien la investigación de la presente tesis se centra en el estudio de todas las implicancias que genere la reincorporación de los trabajadores sujetos al régimen laboral del DL N° 728, y locadores -trabajadores encubiertos- que no hayan ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público, al buscar la consolidación del principio de meritocracia, resulta pertinente y útil hacer referencia a la situación que posteriormente analizaremos, puesto que resultan ser dos normas que buscan flexibilizar el principio de meritocracia.

Entonces, bajo tal situación resulta pertinente hacernos la siguiente pregunta: ¿Puede haber una causa justificable para flexibilizar el principio de meritocracia? Frente a dicha pregunta, es que, debemos hacer un desarrollo sobre las normas que generan controversia, para identificar cuál sería la *ratio legis* que haya motivado al legislador adoptar tal medida legislativa, y la misma contrastarla con el principio de meritocracia, y determinar si resulta justificable su flexibilización, teniendo presente que anteriormente hemos determinado que el empleo público persigue un interés o fin colectivo, en donde se busca la idoneidad de los

servidores públicos, así como la transparencia de las instituciones del Estado al momento de contratar personal, para así erradicar la corrupción en este aspecto - prebendas políticas-.

3.1.- El nombramiento y ascenso automático en el sector salud

Sobre el particular, a fin de poder introducirnos en el meollo del asunto, resulta pertinente en primer lugar traer a colación la Ley N° 30555 - Ley que incorpora al régimen laboral del decreto legislativo 728 a los trabajadores profesionales, no profesionales, asistenciales y administrativos de EsSalud que se encuentran bajo el régimen de contratación administrativa de servicios; la cual fue promulgada el 24 de abril del 2017, teniendo por objeto la incorporación a EsSalud del personal profesional, no profesional, asistencial y administrativo que se encuentra bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS), precisando dicha Ley que no va transgredir las normas del servicio civil, ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

De esta manera, podemos observar que la ley en comento tiene un alcance para todo el personal que se encuentra bajo el régimen CAS: a. Profesionales de la salud; b. Técnicos y auxiliares asistenciales de la salud; c. Profesionales administrativos; y d. Técnicos y auxiliares administrativos. En ese sentido, la norma en mención indica que para la incorporación bajo el régimen laboral del DL N° 728, del personal bajo el régimen CAS debe cumplirse con estos dos requisitos: a. A la fecha de la promulgación del reglamento de la presente Ley, el personal CAS debe estar laborando de forma continua dos años como mínimo; y b. Haber ingresado a la institución mediante el concurso y la evaluación correspondientes.

Asimismo, en la Ley N° 30555, se prevé que, la incorporación en mención se debe efectuar de forma progresiva -no mayor de tres años-, lo cual debe realizarse conforme a las necesidades y requerimientos de EsSalud y en base a la meritocracia respecto el orden de prelación de tiempo de contrato, en cada grupo ocupacional independientemente de la profesión, según lo desarrolle el reglamento de la presente Ley.

Por su parte, el DS N° 012-2017-TR, Reglamento de la Ley N° 30555, dentro de su cuerpo normativo, podemos rescatar lo útil para el debate que se busca hacer, que vendría a ser los criterios de ordenación del proceso de incorporación, para ello se indica que dicho proceso de incorporación se realizará tomando en cuenta los años, meses y días de servicios en el EsSalud como trabajador sujeto al régimen CAS. Otro criterio a considerar es el de progresividad, indicando que el mismo empezara como máximo el 21 de enero del 2018, teniendo como fecha máxima de culminación el 21 de enero del 2021.

Y, el criterio de sostenibilidad financiera y disponibilidad presupuestal, bajo la premisa de que el proceso de incorporación progresiva se financia con cargo al presupuesto del Seguro Social de Salud – EsSalud, sin demandar recursos al tesoro público, ni afectar el gasto e inversión para la prestación idónea de los servicios de salud, y respetando las disposiciones legales presupuestales.

Por otro lado, también resulta pertinente hacer referencia a la Ley N° 31039 - Ley que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud promulgada el 24 de agosto del 2020; la cual tiene como objeto regularizar los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud para brindarle a los trabajadores mejores condiciones laborales; siendo su ámbito de aplicación el personal que labora en el Ministerio de Salud, sus organismos públicos, gobiernos regionales y EsSalud.

En efecto, la Ley en mención regula el ascenso automático por años de servicio para aquellos que siguen la carrera médica y para aquellos profesionales de la salud no médicos que laboren en el Ministerio de Salud, sus organismos públicos y gobiernos regionales. Asimismo, un punto relevante de esta última norma es que, autoriza al Ministerio de Salud que ante la pandemia que estamos viviendo por efectos del coronavirus -COVID 19-, se realice el nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud contratados mediante contratos MINSA, contratación administrativa de servicios y servicios no personales o locación de servicios, no comprendidos bajo los alcances de la Ley N° 30957, y que a la fecha de la vigencia de la presente ley se encuentren realizando funciones o labores permanentes en los diferentes establecimientos de salud, puestos y centros de salud, hospitales e institutos especializados, incorporándolos a la carrera pública, regulada por el Decreto Legislativo 276.

De esta manera, se advierte que esta regulación de nombramiento automático alcanza a los médicos cirujanos, profesionales de la salud, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud que acrediten vínculo contractual o desempeño de funciones en cualquier dependencia del MINSA, incluso el personal de trabajo de los establecimientos de salud bajo la modalidad contratación administrativa de servicios por un periodo no menor de un año continuo, o de dos años acumulativos de servicios, y que no estén comprendidos bajo los alcances de la Ley N° 30957.

3.2.- ¿Se puede flexibilizar el principio de mérito?

A efecto de poder responder la interrogante planteada, para desembocar en el asunto que nos interesa debatir, que es la consolidación del principio de meritocracia, corresponde señalar que de las normas precedentemente citadas podemos advertir dos situaciones. En la Ley N° 30555, que se dispuso que todo el personal que se encuentra bajo el régimen CAS (Profesionales de la salud, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud, profesionales administrativos y técnicos y auxiliares administrativos) que laboren en EsSalud de forma continua dos años como mínimo; y que hayan ingresado a la institución mediante el concurso y la evaluación correspondiente.

Y, en la Ley N° 31039, se tiene la regulación del ascenso automático por tiempo de servicios para aquellos que siguen la carrera médica y para aquellos

profesionales de la salud no médicos que laboren en el Ministerio de Salud, sus organismos públicos y gobiernos regionales; y el nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud contratados mediante contratos MINSAs, contratación administrativa de servicios y servicios no personales o locación de servicios, no comprendidos bajo los alcances de la Ley N° 30957.

Bajo esta lineamiento normativo, se puede advertir claramente que de la lectura propia del cuerpo normativo, pese a que el legislador en la Ley N° 30555 señaló que el proceso de incorporación del personal CAS al régimen laboral del DL N° 728 se iba a realizar respetando las normas propias del empleo público, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señalando de manera específica el principio de meritocracia, ello no se revela de su propósito regulativo, lo mismo se observa con lo normado en la Ley N° 31039, denotándose que el legislador en estas situaciones fácticas ha buscado la flexibilización del principio de meritocracia, con la finalidad de garantizar la estabilidad laboral del personal médico y también de personal no médico - administrativo-.

Antes de introducirnos de plano en el análisis, es importante hacer referencia al régimen laboral del sector salud, para ello corresponde indicar que no todo el personal que labora en el sector salud pertenece a la carrera especial de la salud regulado por la Ley N° 23536 - Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud, y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 019-83-PCM.

En dicho régimen laboral solo se incluye a los profesionales de la salud -médico cirujano, químico farmacéutico, obstetrix, enfermero, médico veterinario que labore en el campo asistencial de la salud pública, biólogo, psicólogo, nutricionista, ingeniero sanitario- y asistenta social- que prestan servicios asistenciales en el sector salud, considerándose como trabajo asistencial a las actividades finales, intermedias y de apoyo que realizan los profesionales de la salud en los establecimientos de salud del sector público.

Sin embargo, los técnicos y auxiliares asistenciales de salud, ni mucho menos el personal administrativo, no se encuentran sujetos por los alcances de la Ley N° 23536, y si bien cuentan con un marco normativo propio, ello no significa que sean un régimen especial como la regulada en la Ley N° 23536 para los profesionales de la salud.

Habiendo hecho esa referencia se tiene que, el ingreso a los regímenes laborales especiales del empleo público, como vendría a ser el sector salud, educación, servicio diplomático, policial, fuerzas armadas, entre otros, se rigen por sus propias normas especiales, en donde su propia normativa dispone cuales serían los requisitos para el ingreso de su personal, los procedimientos de selección, entre otros criterios.

Sin perjuicio de ello, se tiene claro que todos estos llegan a un punto denominador, que vendría a ser que obligatoriamente el ingreso a dichos regímenes laborales sea mediante concurso público de méritos, en donde se

respete la meritocracia, así como el ingreso al empleo público en igualdad de condiciones, garantizando transparencia en los procesos de selección, puesto que así lo prevé la Ley N°28175 – Ley Marco del Empleo Público, que es de aplicación para todos los regímenes laborales generales y especiales del empleo público.

En esa línea, lo que busca la Ley N° 31039 es el nombramiento y ascenso automático de personal médico sin que haya habido de por medio un concurso público de méritos. En ese extremo, resulta pertinente recordar que, no existe un acceso directo al empleo público, ni al ascenso en la carrera en el sector público, y así lo ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional, indicando que, el ascenso o progresión consiste en dar opción, sin preferencias, ni discriminaciones a los trabajadores que se encuentran en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyendo así con la realización y desarrollo del trabajador, y a la concretización del trabajo decente, de igual forma ello sucede con el nombramiento automático.

Siendo así, resulta claro que el legislador ha optado con flexibilizar el principio de meritocracia para el nombramiento y ascenso automático de este tipo de personal médico, observándose del artículo 13 de la Ley N° 31039, que cuando regula la autorización para el nombramiento automático de los profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud contratados mediante contratos MINSAs, no sólo hace referencia a los contratados bajo la contratación CAS, sino también a los de servicios no personales o locación de servicios, advirtiendo del cuerpo de dicho precepto normativo que hace referencia a la coyuntura sanitaria en la cual actualmente nos encontramos viviendo, que es la pandemia producida por el COVID – 19.

Entonces, de ello podríamos deducir que esa sería la razón justificante que motivó al legislador adoptar la decisión de legislar sobre el nombramiento y ascenso automático; sin embargo, debemos plantearnos la siguiente interrogante: ¿La pandemia Covid-19 es razón suficiente para flexibilizar el principio de meritocracia? Al respecto, podemos apuntar que conforme a todo lo desarrollado precedentemente concluiríamos que no es una razón justificante para saltar el paso de la meritocracia en el aspecto de nombramientos y ascensos.

En efecto, la carrera administrativa ha sido reconocido por el máximo intérprete de la Constitución como un bien jurídico constitucional, reconocido en el artículo 40 de la Constitución, del cual se despliega que sería la Ley quien regula la forma de acceder a la carrera administrativa. Es así que, si bien el sector salud constituye un régimen laboral especial, ello no significa que su personal no debe ingresar a los puestos públicos que en ella se desarrollen a través de un concurso público, es por ello que, con la regulación del nombramiento automático que permite la permanencia bajo el régimen laboral del DL N° 276 no sólo desalienta, sino que también genera un retroceso sobre el hecho que el Tribunal Constitucional se encuentra buscando la consolidación de que el ingreso a los puestos públicos sean por concurso público de méritos donde haya una igualdad de oportunidades.

Sin embargo, esta regulación de nombramiento automático genera que personal CAS y hasta locadores que hayan sido contratados por el MINSA, ya sean profesionales, técnicos o auxiliares asistenciales de la salud sean incorporados a la carrera pública bajo el DL N° 276, sin que por medio haya un concurso público de méritos, lo cual no sólo genera un desequilibrio presupuestal, sino también apunta a flexibilizar un principio que resulta ser la base de todo el empleo público, puesto que, al perseguir intereses colectivos, se busca también garantizar que haya una transparencia en la contratación del personal, y no que a través de leyes sin un sustento constitucional se busque favorecer a un grupo de profesionales para el ingreso a la carrera pública.

Ello, produce un desencanto de los principios propios del empleo público, como es el principio de meritocracia e igualdad de condiciones en el acceso a los puestos públicos, más aún, si la coyuntura sanitaria no resultaría ser una razón justificante, y básicamente porque si de ser así, entonces también habría que legislar el ascenso y nombramiento automático en la Policía Nacional del Perú y Ejército del Perú, puesto que ellos también han tenido una participación fundamental en lo que respecta al control interno del país bajo la pandemia que estamos viviendo; sin embargo, ello no se ha producido.

Por otro lado, si bien el personal de salud durante esta coyuntura sanitaria se encuentra expuesta a riesgos de contagio por el Covid – 19 y con ello posible dependiendo del caso pueda desembocar en una posible muerte; sin embargo, debemos tener en claro que justamente su vocación, o la razón por la cual decidieron dedicarse al servicio de la salud ya venía con el planteamiento personal de las posibles contingencias que ello podría generar, motivo por el cual, los incentivos que puede incurrir el Gobierno puede verse reflejado en el aspecto económico, pero no flexibilizando un principio elemental del empleo público como es el de meritocracia, que justamente busca el reclutamiento de personal idóneo, capaz, que demuestre que cumple con los méritos y capacidades para el puesto público, para así, garantizar a la ciudadanía que se va brindar un servicio médico óptimo.

Es por tal motivo que, resulta insostenible la regulación del nombramiento y ascenso automático en el sector salud, en tanto no resulta justificable el motivo por el cual el legislador adopto tal medida legislativa, siendo que, en el empleo público, el principio de meritocracia es elemento para su sostenimiento, por lo que, todo ingreso a él y ascenso dentro de él debe ser mediante concurso público de méritos.

Finalmente, corresponde señalar que, en cuanto a la regulación realizada en la Ley N° 30555, sobre la incorporación en el régimen laboral del DL N° 728 de aquel personal bajo el régimen CAS haber laborado de forma continua dos años como mínimo, y siempre que haya ingresado a la institución mediante el concurso y la evaluación correspondientes, también denota una transgresión al principio de meritocracia, toda vez que, el mismo no sólo debe ser entendido que opera al momento de que se realiza el ingreso a la carrera pública, o cuando se produzca una promoción -ascenso-, sino también que la misma opera durante todo el vínculo laboral.

Es así que, si bien, dicho personal CAS ingreso mediante concurso público de méritos, al regularse un traspaso al régimen laboral bajo el DL N° 728, sólo por sus años de servicios en el sector salud, sin que haya nuevamente un concurso público, ello produce un retroceso respecto a la consolidación del principio de meritocracia e igualdad de condiciones en los puestos públicos, en tanto, no se evalúa sus mérito o capacidades, sino, sólo los años laborados, lo cual no se condice con lo que busca inspirar el principio de meritocracia, que básicamente es la idoneidad del personal que se recluta para los puestos públicos.

4.- Necesidad de hacer una propuesta legislativa

Al respecto, después de todo lo antes dicho y teniendo presente lo normado en la Ley del Servicio Civil, es que atendiendo a que la carrera administrativa es un bien jurídico constitucional conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, resulta necesario hacer una propuesta legislativa en donde se produzca una modificación expresa del mandato contemplado en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30057, a fin de que, la transición de los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276, N° 728 y N°1057 al régimen del Servicio Civil sea de manera obligatoria y no voluntaria, partiendo de la premisa que, el empleo público persigue intereses colectivos, lo cual resultaría ser la razón justificante para la imposición de tal proceso de transición.

En efecto, este proceso de transición no sólo permitirá la unificación del régimen laboral público, sino también la consolidación del principio de meritocracia y acceso a los puestos públicos en igualdad de condiciones, toda vez que, unas de las fases de dicho proceso de transición es el sometimiento a un concurso público de méritos, lo cual garantiza la transparencia en la contratación de un personal idóneo para el puesto público.

4.1.- Las bases para hacer una propuesta legislativa

En efecto, la base para hacer una propuesta legislativa reposa en el análisis del test de proporcionalidad que se ha realizado para superar la colisión entre el principio de meritocracia y primacía de la realidad. En donde se determinó que, en la situación en concreto en conflicto, que es los casos de reincorporación laboral de trabajadores sujetos al régimen laboral del DL N° 728 y locadores -trabajadores encubiertos- que no hayan ingresado a la carrera administrativa mediante concurso público de méritos, el principio de meritocracia obtiene un peso mayor sobre el de primacía de la realidad.

Ello no sólo se debe a que, el empleo público persigue un fin colectivo, distinto al régimen laboral privado donde los intereses que siguen responden a particulares, y no a los de una colectividad -sociedad-; sino también porque, el principio de meritocracia resulta ser la base por la cual se sostiene el empleo público, esto se debe a que, al ser la carrera administrativa un bien jurídico constitucional, su consolidación únicamente se logra con el ingreso a través de un concurso público de méritos, en donde los postulantes en igualdad de condiciones podrán obtener un puesto público, el cual dependerá a sus méritos y capacidades.

Por otro lado, se observa de la página web del SERVIR que, en la actualidad son 2941 entidades públicas con las cuales consta el Estado peruano; sin embargo, conforme se observa del cuadro precedentemente citado, únicamente 92 entidades públicas cuentan con resolución de inicio para el proceso de transición de régimen SERVIR, lo cual sólo representa el 3.12 % de la totalidad de entidades públicas del Perú, precisando que, si bien algunas de estas entidades estatales se encuentran sujetos a un régimen laboral especial, el cual no le alcanza la Ley SERVIR, conforme el listado de carreras especiales contemplados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057.

Sin embargo, ello no enerva el hecho que, de la totalidad de entidades públicas del estado, sean pocas las cuales cuentan con una resolución de inicio del proceso de transición, lo cual demuestra quizás no sólo un desinterés de las mismas entidades públicas, sino también que, al dejar a este proceso de transición a la voluntad de los servidores públicos, ello no surte efecto, por lo que, sería un régimen laboral infructuoso, pese a que, conforme se prevé en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley N° 30057, las entidades que al 31 de diciembre de 2017 no hayan iniciado el proceso de adecuación previsto en la Ley, serán comprendidas en el mismo automáticamente a partir del primer de enero 2018, para lo que SERVIR emitirá la resolución de inicio que las incorpore formalmente al proceso, lo cual no se ha cumplido en el mundo de los hechos.

Sin perjuicio de lo observado en este último precepto normativo, concluimos que resulta necesario hacer una propuesta legislativa para consolidar este proceso de transición, a fin de garantizar el respeto del principio de meritocracia y acceso a los puestos públicos en igualdad de condiciones.

4.2.- El cuerpo normativo de la propuesta legislativa

De esta manera, es que, la propuesta legislativa sería la siguiente:

Ley N° 30057 – Ley del Régimen SERVIR:

“Disposiciones Complementarias Transitorias

CUARTA. Traslado de servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 al régimen del Servicio Civil

Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 deben trasladarse de manera obligatoria y previo concurso público de méritos al régimen previsto en la presente Ley. Las normas reglamentarias establecen las condiciones con las que se realizan los concursos de traslado de régimen. La participación en los concursos para trasladarse al nuevo régimen no requiere de la renuncia previa al régimen de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057, según corresponda.

Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 que ganen los concursos, deben optar de forma obligatoria por el traslado al nuevo régimen previsto en la presente Ley, dejando de pertenecer a los regímenes señalados con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda, y no teniendo derecho a ninguna de las condiciones y

beneficios establecidos en ellos; a partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier disposición, resolución administrativa o judicial (*) que contravenga esta disposición es nula de pleno derecho o inejecutable por el Sector Público.

(...)"

CONCLUSIONES

Del análisis realizado en la presente investigación se arriban a las siguientes conclusiones:

- De la doctrina revisada, se advierte que los fines que se persigue en el empleo público son totalmente distintos a los perseguidos en el régimen laboral privado, en tanto, en el primer régimen laboral se atiende a satisfacer un interés social – colectivo, ello en base a la interpretación que se puede hacer del artículo 39 de la Constitución Política, donde se establece que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, por lo que, el fin constitucional que persigue el empleo público es la satisfacción de los intereses de los ciudadanos; mientras que, en el segundo tipo de régimen laboral, los fines que persigue son de naturaleza privada, es decir, persiguen la satisfacción de intereses de las partes contratantes.

En base a ello, es que, la aplicación de las reglas de contratación que se prevé para el régimen laboral privado dentro del régimen laboral público origina un trastoque de principios laborales, que en la presente investigación hemos identificado a la colisión entre el principio de meritocracia y acceso a la función pública en igualdad de condiciones -principios laborales propios del régimen laboral público- con el principio de primacía de la realidad -principio laboral propio del Derecho del Trabajo-.

- El test de proporcionalidad resulta ser el método idóneo para resolver esta antinomia jurídica, técnica que ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos donde se ha enfocado en realizar un control constitucional abstracto. Asimismo, esta técnica de solución de antinomia jurídica también ha sido reconocida en los procesos judiciales donde los órganos jurisdiccionales ordinarios analicen la constitucionalidad de una norma a través del control difuso.

En efecto, este método jurídico ayuda al investigador a construir un análisis coherente y lógico a fin de superar la colisión de principios que se ha identificado.

- Del análisis realizado para superar la colisión entre los principios de meritocracia y primacía de la realidad, se concluye que el principio de meritocracia tiene un peso superior respecto al otro principio laboral debido a que éste apunta a satisfacer un fin constitucional que justamente es en respuesta al fin que persigue el empleo público, esto es, satisfacer un interés social – colectivo para lo cual se necesita contar con servidores públicos idóneos que permitan demostrar su capacidad y valores a fin de que el servicio que brinden a la sociedad sea óptimo.

BIBLIOGRAFÍA

- A. B. (1990). La protección contra el despido injustificado en América Latina. *Revista Internacional del Trabajo*, 276.
- A. B. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores SAC.
- Alcalá, H. N. (1997). *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional*. Obtenido de Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso: file:///C:/Users/ALBERTO/Downloads/364-1365-1-PB.pdf
- Arévalo, J. V. (2014). Los principios del derecho del empleo público según la Ley del Servicio Civil. *Soluciones Laborales*, 113-137.
- Arroyo, C. L. (2012). Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina. *Ius et veritas*, 228-241.
- Arroyo, C. L. (2016). La constitucionalización del Derecho Administrativo. *THEMIS*, 199-217.
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (Mayo de 2017). *sitio web de la Autoridad Nacional del Servicio Civil*. Obtenido de Informe del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios: <https://storage.servir.gob.pe/archivo/2017/Informe-Regimen-CAS-SERVIR-2017.pdf>
- Avendaño, J. L. (2019). La Ley N° 24041 como garantía del servidor contra el despido no le reconoce a los servidores públicos el derecho de ingreso a la carrera pública. *Actualidad Jurídica*, 186-215.
- Bosco, L. R. (1986). *Manual del Despido*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Bustamante, C. B. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Bustamante, C. B. (21 de Septiembre de 2012). A los 10 años de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (s/n, Entrevistador)
- caso Cruz Llamos, Expediente N° 06681-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 23 de Junio de 2016).
- Caso Eusebio Llanos, Expediente N° 00976-2001-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 13 de Marzo de 2003).
- caso FETRATEL, Expediente N° 01124-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de Julio de 2002).
- Castro, P. G. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Centro Latinoamericana de Administración para el Desarrollo. (s.f.). *Centro Latinoamericana de Administración para el Desarrollo*. Obtenido de Centro

Latinoamericana de Administración para el Desarrollo web site:
<http://old.clad.org/portal>

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (24 de Junio de 2003). *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo*. Obtenido de Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo sitio web: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf>

Defensoría del Pueblo . (19 de Noviembre de Noviembre). *blog de la Defensoría del Pueblo*. Obtenido de sitio web de la Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gob.pe/blog/la-corrupcion-en-cifras-denuncias-atendidas-y-promovidas-por-la-contraloria-en-materia-anticorrupcion/>

Diario Gestión. (19 de Noviembre de 2020). *Perú es el tercer país que se percibe como el más corrupto de América Latina, según Transparencia Internacional*. Obtenido de sitio web del Diario Gestión: <https://gestion.pe/peru/peru-es-el-tercer-pais-que-se-percibe-como-el-mas-corrup-to-de-america-latina-segun-transparencia-internacional-noticia/>

Diario Oficial "El Peruano". (23 de Enero de 2020). *Decreto de Urgencia N° 016-2020*. Obtenido de sitio web del Diario Oficial "El Peruano": <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-establece-medidas-en-materia-de-los-decreto-de-urgencia-n-016-2020-1848575-1/>

F. D. (1977). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Fajardo, G. A., & Burga, P. R. (2007). Apuntes para una reforma del empleo público. *Ius et veritas*, 154-168.

Fazio, F. D. (2019). Teoría de los principios: fortalezas y debilidades. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 305-327.

Gracias, J. C. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 65-100.

López, J. C. (2015). El reconocimiento de la relación laboral y los principios de primacía de la realidad e irrenunciabilidad a la luz del pleno jurisdiccional de Tarapoto del año 2000. *Soluciones Laborales*, 13-28.

Lozano, N. D. (1981). *Derecho del Trabajo*. México: Editorial Porrúa.

Mesa, H. V. (01 de octubre de 2020). *Principio del Mérito y Derechos Fundamentales: Elementos para el diseño institucional de un sistema de carrera administrativa en la perspectiva de los derechos fundamentales*. Obtenido de Principio del Mérito y Derechos Fundamentales: Elementos para el diseño institucional de un sistema de carrera administrativa en la perspectiva de los derechos fundamentales: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2261/1/Principio%20del%20m%C3%A8rito%20y%20derechos%20fundamentale.%20Elementos%20par>

a%20el%20dise%C3%B1o%20institucional%20de%20un%20sistema%20de%20carrera%20administrativa.pdf

Miyagusuku, J. T. (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico y práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Molleda, J. R. (04 de Octubre de 2010). *Diario "La Ley: El ángulo legal de la noticia"*. Obtenido de El test de proporcionalidad como herramienta para analizar la constitucionalidad de las medidas de fuerzas en contexto de protestas sociales: <https://laley.pe/art/7594/el-test-de-proporcionalidad-como-herramienta-para-analizar-la-constitucionalidad-de-las-medidas-de-fuerzas-en-contexto-de-protestas-sociales>

Montero, F. M., & al, e. (2011). *El Tribunal Constitucional reescribe el derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del derecho*. Lima: Gaceta Juridica SA.

Mozart, V. R. (1981). *La estabilidad del trabajo en la empresa*. México.

Mujica, J. N. (2001). Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de estabilidad en el trabajo. *Derecho & Sociedad*, 24-26.

Mujica, J. N. (07 de Julio de 2015). *IUS ET VERITAS*. Obtenido de ¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?: <https://ius360.com/publico/constitucional/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco/>

Perez, J. M., & Vida, M. M. (1994). *Forma y procedimientos del despido disciplinario*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Pineda, O. P. (2014). *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica SA.

Portal Jurídico Pasión por el Derecho. (11 de Febrero de 2016). *Doctrina jurisprudencial vinculante: Restituyen derecho a reposición en seis casos al regular efectos de precedente Huatuco*. Obtenido de Portal Jurídico Pasión por el Derecho sitio web: <https://lpderecho.pe/corte-suprema-restituye-derecho-a-reposicion-en-seis-casos-al-regular-efectos-del-precedente-huatuco/>

Precedente Vinculante Huatuco, Expediente N° 05057-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 16 de Abril de 2015).

Ramírez, L. G. (2015). Reposición laboral y entidades públicas bajo el régimen laboral privado. A propósito del nuevo precedente vinculante del Tribunal Constitucional. *Soluciones Laborales*, 124-129.

Raymond, W. S. (2008). La reconstrucción jurisprudencial del derecho del trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional. *Derecho & Sociedad*, 75-83.

- Reposición laboral y otros, CASACIÓN LABORAL N° 21082-2017-CAJAMARCA (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República 04 de Diciembre de 2019).
- Rivera, J. C. (2018). *Universidad Nacional de Trujillo*. Obtenido de repositorio de tesis de la Universidad Nacional de Trujillo: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/12284>
- Rodríguez , A. P. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma Buenos Aires.
- Roncal, K. D. (Marzo de 2017). *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Obtenido de repositorio de tesis de la biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8374>
- Rosas , C. P. (20 de Abril de 2018). *La Ley: El ángulo de la noticia*. Obtenido de Apuntes laborales, blog de Cesar Puntriano Rosas: <https://laley.pe/art/5225/la-desamparizacion-laboral>
- Salas, M. A., & al, y. e. (2016). *Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 2192-2004-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de Octubre de 2004).
- Sernaqué, L. L. (2017). El principio de igualdad de trato en el derecho laboral según la jurisprudencia peruana. *Soluciones Laborales* , 124-133.
- Sernaque, L. L. (2019). Repercusiones de la Ley N° 24041 y la situación actual del empleo público. *Soluciones Laborales*, 199-217.
- Sevillano, T. O. (2016). Estabilidad laboral no es sinónimo de reincorporación. *Derecho & Sociedad*, 199-206.
- Teoría de la burocracia de Weber*. (21 de Septiembre de 2020). Obtenido de <https://www.psicologia-online.com/teoria-de-la-burocracia-de-weber-1717.html>
- Toribio, O. T. (28 de Enero de 2020). *Decreto de Urgencia N° 016-2020: Los principios del Derecho del Trabajo no pueden soslayarse*. Obtenido de Portal jurídico La Ley: <https://laley.pe/art/9134/decreto-de-urgencia-n-016-2020-los-principios-del-derecho-del-trabajo-no-pueden-soslayarse>
- Trelles, J. S. (2016). El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos. *Derecho & Sociedad*, 63-77.
- Urbina, J. M. (2013). *Comentario al artículo 40 de la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Urbina, J. M. (2018). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Vargas, J. D. (2012). *El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda.
- Vásquez, P. R. (2015). Administración Pública y los principios del Derecho Administrativo en el Perú. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 193-209. Obtenido de file:///C:/Users/ALBERTO/Downloads/Dialnet-AdministracionPublicaYLosPrincipiosDelDerechoAdmin-5165147%20(1).pdf
- Vialard, A. V. (1989). *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Y De la Rosa, M. D. (1964). *Derecho mexicano del trabajo*. México: Editorial Porrúa.
- Y De la Rosa, M. D. (1978). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Editorial Porrúa.
- Yerva, M. L. (2016). *Universidad Nacional de San Agustín*. Obtenido de Repositorio de la Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín: <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/2211>
- Yzaguirre, J. G. (2019). Conflictos entre principios: descripción y crítica de la teoría especificacionista. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 329-356.

