

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



La desnaturalización laboral en el sector público del Perú:
el abuso en la contratación administrativa de servicios y mediante
locación de servicios por el Estado

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

Giorgio Gesú Brea Villanueva

Asesor:

Kenny Jefferson Díaz Roncal

Lima, 2023

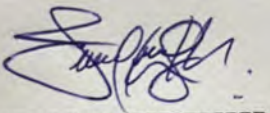
Informe de Similitud

Yo, Kenny Jefferson Díaz Roncal docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis “La desnaturalización laboral en el sector público del Perú: el abuso en la contratación administrativa de servicios y mediante locación de servicios por el Estado”, del autor Giorgio Gesú Brea Villanueva, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19% Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 04/07/2023.
- 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:

04 de julio de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Kenny Jefferson Díaz Roncal	
DNI: 43969337	Firma  KENNY DIAZ RONCAL
ORCID: 0000-0003-2693-1316	

*A mi familia, por su motivación y
apoyo permanente*



- *Y en cuanto empecé a pensar de esa forma, hubo muchas cosas que se me aparecieron bajo un prisma diferente. Vi el sistema judicial, en sí mismo, como un ser vivo especial, extraño.*

- *¿Un ser vivo especial?*

- *Sí. Un pulpo, por ejemplo. Un pulpo gigantesco que habita en las profundidades marinas. Tiene una vitalidad extraordinaria, avanza por el fondo negro del océano haciendo serpentear un montón de largos tentáculos. Mientras asistía a los juicios, no pude evitar imaginármelo de esa forma. Y ese ser vivo adopta diversas formas, ¿sabes? A veces adopta la forma del Estado; otras, la de las leyes. También puede adoptar formas más retorcidas, más complejas. Y aunque le cortes una y otra vez los tentáculos, vuelven a crecer, siempre. Nadie puede acabar con él. Es demasiado fuerte, vive en una sima demasiado profunda. Ni siquiera sabemos dónde tiene el corazón. Yo, en aquellos momentos, sentí terror. Y me desesperaba pensar que, por muy lejos que intentara escapar, sería incapaz de huir de él. Aquel ser no piensa que yo soy yo y que tú eres tú. Ante él, todos perdemos nuestro nombre, todos dejamos de tener un rostro. Todos nos convertimos en un signo. En un simple número.*

(After Dark – Haruki Murakami)

RESUMEN

Esta investigación tiene por propósito estudiar las consecuencias jurídicas frente a la situación de desnaturalización laboral en el sector público, concretamente, cómo ha sido la respuesta del ordenamiento jurídico peruano al fraude o abuso en los contratos de prestación de servicios falsamente autónomos y sus implicancias en relación con la contratación administrativa de servicios. A partir de ello, se arriba a la construcción de una posición propia. Para ello, se ha revisado en el primer capítulo principios que tutelan la relación de trabajo subordinada y aquellos otros que tutelan el empleo público, además de exponer la situación actual de informalidad con los datos estadísticos que tiene el Estado. En el segundo capítulo, se expone críticamente y en clave comparada, las distintas respuestas que las normas y la jurisprudencia ha dado a la situación de informalidad laboral en el sector público. Y, a partir de esta información, en el tercer capítulo se llega a la conclusión de que se hace indispensable para afrontar el problema de la desnaturalización laboral en el sector público, desde una mirada constitucional, el de afianzar, de una vez por todas, un régimen general único de empleo público. Pero como esta es una medida mediata, se expone, seguidamente, que, ante la contraposición de intereses de la persona trabajadora y de aquellos que busca cautelar un empleo público meritocrático al servicio de la nación, no puede conceder el ingreso a la función pública si no es mediante un concurso público de méritos en condiciones de igualdad.

Palabras clave

Empleo público – desnaturalización – tutela del trabajo subordinado – abuso en la contratación de personal

ABSTRACT

The purpose of this research is to study the legal consequences of the situation of labor distortion in the Peruvian civil service, specifically, how the Peruvian legal system has responded to fraud and abuse of temporary and civil contracts in the Public Administration. From this, we arrive at the construction of our own position. For this, the principles that protect the subordinate employment relationship and those others that protect public employment have been reviewed in the first chapter, in addition it is exposed the current situation of informality with the statistical information that the state itself has produced. In the second chapter, the different responses that the norms and jurisprudence have given to the situation of labor informality in the public sector are exposed critically and in a comparative key. And, based on this information, in the third chapter, it is concluded that it is essential to face the problem of labor informality in the public sector, from a constitutional point of view, to strengthen, once and for all, a single civil service regime. But since this is a mediate measure, it is then stated that, given the conflicting interests of the worker and those who seek to protect a meritocratic public job at the service of the nation, entry into the public service cannot be granted if it is not through a public contest of merits in conditions of equality.

Keywords:

Civil service - denaturalization - protection of subordinate work - abuse in hiring workers

ÍNDICE

Resumen	2
Introducción	8
1. Aspectos metodológicos: contexto, problema y justificación	8
2. Estado de la cuestión: ¿cómo llegamos a donde estamos?	10
Capítulo 1	18
Marco teórico: El trabajo subordinado al servicio del Estado	18
1. La protección de la persona trabajadora y el trabajo decente	18
1.1 Delimitación del trabajo subordinado objeto de protección por el ordenamiento ...	18
1.2 Identificación de los elementos típicos de la relación de trabajo	23
1.3 La tutela del trabajo decente: principio protector y de primacía de la realidad	30
2. El empleo público peruano en favor del interés general	35
2.1 Formas de vinculación y prestación de servicios a la Administración pública	35
2.2 El acceso al servicio civil: meritocracia e idoneidad y la cautela del presupuesto público	45
2.3 Información estadística sobre la situación del empleo público peruano	54
Capítulo 2	58
La desnaturalización laboral en el sector público: la respuesta del ordenamiento jurídico peruano en perspectiva comparada	58
1. Cuestión previa: la tutela frente al término de la relación desnaturalizada en el sector privado	58
2. La desnaturalización laboral en el sector público	62
2.1 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional previa al régimen CAS	62
2.2 La “solución” del contrato administrativo de servicios frente a los servicios no personales y su posterior laboralización	66
2.3 La pretendida unificación de regímenes mediante un régimen único general del servicio civil	72
2.4 Prohibiciones en la incorporación de trabajadores desnaturalizados: precedente Huatuco, “distinguishing” y posición del Poder Ejecutivo	74
2.5 Límites al contrato administrativo de servicios y a la locación de servicios	87
2.6 La ejecución de las sentencias que conceden el pago de obligaciones laborales	91
3. Repaso de la experiencia iberoamericana comparada	91
3.1 El caso argentino	92
3.2 El caso colombiano	94
3.3 El caso español	97
Capítulo 3	103
Ponderación de principios: ideas para la construcción de una respuesta	103
1. La necesaria uniformización de los regímenes generales como presupuesto	103
1.1 El derecho a la igualdad en el empleo público	104

1.2	La modernización de la gestión pública de los servidores civiles	107
2.	La adecuada tutela frente a la relación subordinada oculta	110
2.1	La tesis a favor de la incorporación en el empleo público en forma indefinida.....	111
2.2	La tesis a favor de la indemnización	113
3.	La cautela del servicio civil como valor jurídico prevalente	115
3.1	Aplicación del test de proporcionalidad	117
3.2	Tutela del trabajo en el marco del ordenamiento jurídico actual	119
3.3	Las medidas preventivas y sancionatorias frente a la indebida gestión de los recursos humanos y las contrataciones que derivan en supuestos de desnaturalización	120
4.	Propuesta normativa para la adecuada tutela de la relación de empleo público subordinada (en consonancia con la cautela del interés público y el adecuado desempeño de la función pública)	123
	Conclusiones	126
	Referencias	132



INTRODUCCIÓN

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS: CONTEXTO, PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

Se dice que el libro impreso surgió en China seis siglos antes de que apareciera la imprenta de Gutenberg. Este se confeccionaba mediante un método artesanal conocido como xilografía que consistía en utilizar sellos y estampados. El impacto que se le reconoce es tal que influyó decisivamente en la transformación de China, desde finales de siglo X, al asegurar la difusión del conocimiento, extender la clase letrada y fomentar el gusto por las artes y las letras, lo que permitió, a su vez, la aparición de un sistema político que se conoce como el mandarinato. Este se sustentaba en una clase burocrática, integrada por funcionarios conocidos como mandarines que accedían a la función pública mediante concursos de magistrados; miles de candidatos se presentaban a innumerables centros de examen en las prefecturas, provincias y en la capital. Todo ello no habría sido posible sin un método para difundir masivamente el conocimiento que formase una clase letrada amplia. El desarrollo del Estado mandarín se dio entre los siglos XI-XIII cuando este nuevo cuerpo burocrático pasaría a tener un peso considerable en el sistema político chino y en la sociedad de la época, por sobre el de las familias aristocráticas. Con esta evolución hacia un estado poderoso y civilizado, China contribuyó a la formación del pensamiento político moderno en Europa y algunas de sus instituciones fueron imitadas. Se afirma que el ejemplo de China, con su sistema de exámenes de ingreso para la función pública, no pudo ser ajeno a la instauración en 1791 de exámenes de ingreso al cuerpo de funcionarios de la Revolución Francesa; además, este método también fue aplicado en la India por la *East India Company* en 1800 y, derivado de ello, posteriormente fue implantado en Gran Bretaña en 1855 como forma de ingreso al *Civil Service* (Gernet, 2005, pp. 33, 44, 275 y 465).

Ha corrido mucha agua bajo el puente y, actualmente, los Estados se han fortalecido y la mayor parte de lo que nos rodea en el día a día es el producto de las actividades de las entidades públicas, las que abarcan un conjunto amplio de aspectos y competencias que van desde la seguridad nacional y la impartición de justicia, pasando por el cobro de impuestos y la fiscalización de las actividades de los privados, hasta la provisión de servicios públicos a la ciudadanía. Para ello, un conjunto de cientos de miles de trabajadores al servicio del Estado organizados en diferentes estructuras burocráticas están a cargo de una diversidad de funciones, herramientas y procedimientos (Barkow et al., 2017). Este conjunto de trabajadores al servicio de la Administración está regulado, en el Perú y en otros ordenamientos jurídicos, por distintas normas, lo que deriva en que accedan a derechos dispares. En algunos casos serán empleados públicos regidos por disposiciones definidas de antemano a partir de normas objetivas, leyes y reglamentos (“estatutos”) y otros estarán vinculados con la Administración a través de un contrato de trabajo como podrían estarlo con una empresa privada, aunque con algunas particularidades importantes (Sánchez Morón, 2011, pp. 17–18). Lo característico es que, tal y como el modelo chino, para acceder a este cuerpo funcional, salvo excepciones, deba superarse un concurso público.

Así, en nuestro país, contamos con una multiplicidad de cuerpos normativos que disciplinan la relación entre el Estado y un empleado o trabajador o servidor público: dos regímenes generales con carrera administrativa, que son las reguladas por el Decreto Legislativo 276 y la Ley 30057; y dos regímenes generales sin carrera administrativa, por un lado, el Decreto Legislativo 728 —concebido para las relaciones de trabajo privadas— y por el otro el Decreto Legislativo 1057. Además, se tiene regímenes de carrera administrativa especiales (caso de docentes, servicio diplomático, fiscales y jueces, entre otros). Existen otros regímenes *sui generis* como son los de gerentes públicos y personas que se vinculan al Estado mediante contratos civiles por su particular nivel de especialización (Boyer Carrera, 2019, p. 49). A esta situación hay que incorporar a la gran cantidad de trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios al Estado en condición de supuesta autonomía pero que, como la experiencia histórica ha demostrado, ostentan en los hechos una relación de trabajo subordinada y que pasan a engrosar las filas de la informalidad laboral en el sector público.

En esta investigación, se pretende estudiar la situación de dos de los mecanismos de provisión de servicios al Estado, el del contrato administrativo de servicios y el del contrato de prestación de servicios, en aquellos casos en los que son utilizados fraudulentamente o con infracción de las disposiciones del ordenamiento jurídico. Así, el problema central que se abordará en la investigación será determinar cuáles son y cuáles deberían ser, desde nuestro punto de vista, las consecuencias frente a la desnaturalización de las relaciones jurídicas de quienes suscribieron contratos de prestación de servicios o administrativos de servicios en el marco del régimen de empleo público del Perú, así como qué salidas podemos tener frente a este problema. Esta tarea exige una contraposición entre los principios que tutelan el trabajo subordinado, frente a aquellos del empleo público que resguardan el interés general.

La razón de tal elección responde a la gran cantidad de normas y acuerdos jurisprudenciales que se han producido en los últimos años para paliar un viejo problema que no ha terminado sino por agravarse con el transcurso del tiempo, conforme se verá en las estadísticas que se muestran. Entonces, pues, los embates se presentan desde la orilla de la tutela del trabajo como de la cautela de los intereses colectivos y del empleo público.

El primer capítulo aborda las bases teóricas que sustentan los principios del derecho del trabajo y las razones por las cuales merece una especial preocupación del ordenamiento jurídica la garantía del trabajo decente; asimismo, se hace luego lo propio con los fundamentos, desde el interés general, de la institución del empleo o función pública como vehículo para satisfacer las necesidades de la colectividad y la materialización de los fines del Estado, los que determinan igualmente unos principios fundantes de esta institución.

El segundo capítulo trata del análisis, en perspectiva comparada, del desarrollo normativo y jurisprudencial que se ha tenido en el Perú para afrontar las situaciones de la contratación fraudulenta en la Administración pública. La batalla se ha librado en los frentes legislativo, ejecutivo, de la justicia ordinaria y de la constitucional, con medidas de signos contrapuestos. Para ello, será útil la mirada que nos ofrece tres realidades a nivel iberoamericano que se estudian en esta investigación, las de Argentina, Colombia

y España, países en los que se encuentran similitudes entre sí y con nuestra realidad, salvando las distancias.

En el tercer capítulo, se da cuenta de por qué se hace indispensable para afrontar el problema de la informalidad laboral en el sector público, desde una mirada constitucional, el de afianzar, de una vez por todas, un régimen general único de empleo público. Pero como esta es una medida mediata, se expone, seguidamente, cuál debe ser la respuesta del ordenamiento actual a la situación del abuso de la contratación temporal. Por último, se propone una medida normativa que tiene por propósito dar una salida coherente y que compatibiliza los intereses en juego, al fraude en la contratación en el empleo público, en tanto la reforma del empleo público se materialice, la que no solo tiene componentes jurídicos sino políticos que escapan de los contornos de una investigación jurídica como esta.

Por último, en la redacción de cada apartado hay párrafos, que pueden distinguirse porque tienen un tamaño de letra menor, en los que se profundiza sobre un asunto o se tratan temas tangenciales que tienen que ver con lo señalado inmediatamente antes que no se han colocado en pie de página para no interrumpir la lectura de esta investigación.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN: ¿CÓMO LLEGAMOS A DONDE ESTAMOS?

En 1950 fue aprobado por Decreto Ley 11377 el Estatuto del Escalafón y Servicio Civil, primera norma que reguló casi integralmente la carrera administrativa en el Perú. Resaltan sus valores de garantizar la estabilidad laboral, la democratización del acceso a la función pública y la ética pública. De esta manera, se ha señalado que con esta norma que instituye la carrera administrativa se logró, de un lado, satisfacer los derechos de los servidores públicos dentro del sistema de carrera y, de otro lado, favorecer con un servicio público más eficiente a la nación. Esta norma carecía de un sistema único de remuneraciones y restringía el ejercicio del derecho a la libertad sindical de los servidores públicos (Díaz Roncal, 2019, pp. 204–207).

Con posterioridad fue aprobada la Constitución de 1979 que disponía en su artículo 59 que correspondía a la ley regular lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos; en el artículo 60 se estableció que debía regularse un sistema único que homologue las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado. En atención a ello, y mediante delegación del Congreso por Ley 23724, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, con la mira de “establecer una carrera administrativa, permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar y desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público” (Boyer Carrera, 2019, p. 50). Esta nueva norma estableció una única clasificación de servidores públicos para todas las entidades e incorporó el sistema único de remuneraciones para que el escalafón funcione (Díaz Roncal, 2019, p. 210)¹.

¹ Kenny Díaz explica que la norma sufrió varios cambios que frustraron la implementación de una carrera administrativa como régimen general. Así, fue la vía de acceso fue limitada por las leyes de presupuesto,

Sin embargo, a la par de ello, en el último cuarto del siglo pasado se empezó a contratar personal en forma no contemplada en las normas del régimen laboral público, a través de una modalidad particular e indeterminada denominada “contrato de servicios no personales” que no corresponde con ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios o precisión legal (Comisión Multisectorial encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central, 2001, p. 21). De acuerdo con los autores revisados (Abanto Revilla & Paitán Martínez, 2017, p. 94; Boriz Potozén citado por Morales Corrales, 2009, pp. 62–63), los antecedentes más remotos de los servicios no personales se encuentran en la Directiva 2-83-EFC/76.01, aprobada por Resolución 116-83-EFC/76.01 del 22 de diciembre de 1983, en cuyo Anexo 4 “Clasificador por Objeto de Gasto” se distingue entre servicios personales —prestados directamente por personas naturales en relación de dependencia— y no personales —prestados por personas jurídicas y por personas naturales sin relación laboral directa—; posteriormente, dos años después, fue expedido el Decreto Supremo 065-85-PCM, que “con el fin de sistematizar los procedimientos de adquisiciones y racionalizar el gasto en el Sector Público” aprobó el “Reglamento Único para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales” para el sector público. Este reglamento, en su Capítulo 1.2 “De las Definiciones Básicas”, definía a los servicios no personales de la siguiente forma:

Servicios no personales: Actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros, se mide en y por sus efectos o resultados. (Recopilado por Ministerio de Salud, 1994, p. 13)

Las leyes de presupuesto y normas de austeridad prohibieron la contratación de personal de naturaleza permanente, de forma que la incorporación a la carrera administrativa estaba limitada, dando lugar a la falta de sinceramiento en los cuadros analíticos de personal y presupuestos analíticos de personal. De esta manera, la salida que encontraron las entidades públicas para hacerse de mano de obra fue a través de la citada figura de los “servicios no personales” que no es más que un régimen de provisión de trabajo en “supuesta autonomía” regulado por el Código Civil (Comisión Multisectorial encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central, 2001, p. 70; Morales Corrales, 2009, pp. 63–64). Incluso, como parte de las medidas económicas instauradas en el gobierno de los noventa, fue expedido el Decreto Ley 26093 en 1992 por el que se facultaba a cesar a los trabajadores por causal de excedencia cuando no calificaban de acuerdo con los programas semestrales de evaluación que debían efectuar los distintos ministerios y las instituciones públicas descentralizadas. La Defensoría del Pueblo, a los pocos meses de haber iniciado

además se “dio estabilidad laboral a quienes no habían accedido al régimen de carrera” mediante Ley 24041, de manera que “se cubrió con plazas permanentes a personal no idóneo para el desempeño de la función pública” (2019, pp. 212–213)

funciones, emitió su primer informe defensorial en marzo de 1997 en el cual se evaluó los alcances de la referida norma. En el informe se señaló que:

- 1) Al momento de regular o modificar el estatuto de los servidores públicos debe tomarse en cuenta la necesidad de fortalecer la carrera administrativa, institución constitucionalmente reconocida, sobre la base de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la mira de contar con funcionarios y servidores públicos que velen por los intereses generales, principio esencial que guía la actuación de la Administración Pública.
- 2) El Estado tiene legítimas atribuciones para disponer una racionalización del personal de la Administración Pública a fin evitar cargas burocráticas que dificulten su actuación. Para ello existen diversas alternativas que se han puesto en práctica. La vía dispuesta por el Decreto Ley 26093 que autoriza el cese por la causal de excedencia, en los hechos ha quedado desnaturalizada pues no cumple con los fines para los cuales ha sido diseñada. En este sentido, debería procederse a la suspensión de su aplicación en tanto no se defina la manera racional de llevar adelante una reforma de la Administración Pública que sea compatible con los derechos de los ciudadanos, en el marco de un programa de planificación estratégica que garantice el eficiente cumplimiento de sus funciones. (1997)

Todas estas situaciones llevaron a que, en el 2001, el gobierno de transición de Valentín Paniagua conformara una comisión multisectorial por Decreto Supremo 004-2001-TR encargada de estudiar y elaborar un informe sobre la situación del personal de la Administración pública que trabajó sobre cuatro núcleos temáticos (i) examinar la problemática derivada de la existencia de diversos regímenes laborales; (ii) examinar la problemática de las remuneraciones en el sector público; (iii) estudiar las alternativas en torno de la necesidad de arbitrar los mecanismos orgánicos de supervisión y control de la administración; y —especialmente importante para el desarrollo de esta investigación— (iv) analizar la cuestión de los servicios no personales y otras formas contractuales de uso frecuente en la Administración pública. En cuanto al último punto, la comisión recomendó:

- a) La formulación de un nuevo régimen de carrera administrativa para los funcionarios y profesionales en la que se mantengan los requisitos de ingreso por concurso público de oposición, que ponga el debido énfasis en la profesionalización y se otorguen garantías de permanencia, pero adecuando las normas remunerativas y sancionatorias a un esquema más acorde con sistemas más modernos de relaciones laborales.

Dentro del nuevo esquema, los funcionarios y trabajadores de confianza de la Alta Dirección deben ser de libre contratación y remoción, y el personal técnico y auxiliar debiera estar sujeto a un sistema flexible de ingreso y salida, semejante al del régimen laboral de la actividad privada. La carrera debería estar orientada al sector profesional.

En ese sentido debe darse contenido legal a los denominados contratos no personales, reemplazándolos por un nuevo contrato administrativo de servicios a través del cual se reconozca a los trabajadores los derechos

contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales ratificados por el Perú. A tal efecto, la Comisión ha elevado el respectivo proyecto de ley (subrayado agregado).

De otro lado, parece indispensable una urgente revisión de los cuadros analíticos de personal, para que reflejen las necesidades reales de la Administración siendo deseable que la aprobación final sea realizada por la entidad técnica supervisora de la función pública.

Esta situación derivó en la interposición de demandas de desnaturalización de los contratos civiles, conllevando a que los trabajadores de hecho sean reincorporados. Así, por ejemplo, se tienen las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 125-2002-AA/TC y 09248-2006-PA/TC en los que el tribunal apela a la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Es preciso resaltar que, en el 2004, fue emitida la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, que “estableció una nueva clasificación de los grupos ocupacionales al interior del Servicio Civil” (Abanto Revilla & Paitán Martínez, 2017, p. 111). Según explica Mario Pasco Cosmópolis, esta ley tuvo vocación de universalidad y el objetivo de reconducir en un solo régimen, regido por el derecho administrativo, todos los sistemas que existen al servicio del Estado; debía ser continuada por otras cinco leyes relativas sobre: “a) carrera del servidor público; b) funcionarios y empleados de confianza; c) sistema de remuneraciones del empleo público; d) gestión del empleo público, y e) incompatibilidades y responsabilidades” que no fueron aprobadas (2009a, p. 118). No será sino hasta la emisión de la Ley del Servicio Civil, nueve años después, que se buscará regular orgánicamente cada uno de estos tópicos, aun cuando su vigencia no muestra aun sus frutos.

Pues bien, en lo relativo al problema de la proliferación de la contratación de servicios no personales y, a resultas de solucionar la situación de este conjunto de trabajadores, en la línea de lo señaló en el informe del 2001, por Decreto Legislativo 1057 se reguló el régimen especial de contratación administrativa de servicios, publicada en El Peruano el 28 de junio de 2008. Esta norma señala en su artículo 1 que “tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo en la administración pública”. En su redacción original, además, disponía, en el artículo 3, que “el contrato administrativo de servicios constituye una modalidad propia del derecho administrativo y privativa del Estado”.

En las disposiciones complementarias finales se dejaba claro que este régimen venía a reemplazar las contrataciones de servicios no personales, tal y como se señala a continuación:

PRIMERA. - Las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios.

SEGUNDA. - Las prohibiciones de contratación de servicios no personales reguladas en las normas de presupuesto son aplicables a la contratación administrativa de servicios a que se refiere la presente norma.

(...)

CUARTA. - Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la presentación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma

Cabe resaltar que esta nueva modalidad de contratación administrativa de servicios (CAS), en la redacción original del artículo 2, precisaba que no eliminaba ni prohibía la provisión de mano de obra a través de contratos civiles o mercantiles como son los servicios de consultoría y asesoría, siempre que se presten de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad.

El CAS estaba regulado de forma tal que no garantizaba la estabilidad, no permitía el ejercicio de derechos laborales colectivos y traía un recorte en los beneficios sociales. Estaba construido para conceder ciertos derechos a los prestadores de servicios no personales, pero no todos; ni siquiera los considerados como mínimos irreductibles, según la Declaración de 1998 sobre Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Ciertamente, su irrupción generó discrepancias en la academia. Así, desde una orilla, Javier Neves Mujica, exministro de Trabajo, señaló que:

Si violentando la Constitución y las leyes se les desconoce la calidad de trabajadores y todos los derechos consiguientes a quienes tenían un contrato de servicios no personales y pretendiendo regularizar su situación se les mantiene segregados del ordenamiento laboral, a través del contrato administrativo de servicios, con reconocimiento de unos pocos derechos, ¿no se sigue violentando la Constitución? La única regularización posible dentro del marco constitucional es el otorgamiento pleno de derechos laborales a quienes tienen un contrato administrativo de servicios, en lo inmediato. y, en lo mediato, la unificación de los diversos regímenes laborales al interior del Estado.(2009, p. 93)

Y, desde la otra, Mario Pasco Cosmópolis, exasesor de la comisión multisectorial y entonces ministro de Trabajo que firmó el Decreto Legislativo 1057, señalaba que:

El CAS implica un enorme salto conceptual si se lo mide con su punto de partida, que era el SNP, el cual, desde su propia denominación, pretendía sustentar lo imposible: que la relación que regía no era laboral, que los trabajadores no eran trabajadores, que los servicios prestados por una persona individual no eran personales.

Con tamaña rueda de molino comulgaron tres gobiernos sucesivos.

El CAS, en cambio, sin necesidad de explicitarlos, reconoce sin embargo los derechos fundamentales de todo trabajador: jornada diaria, descanso semanal, descanso anual, remuneración mínima, protección contra el despido, y sobre todo acceso pleno a la seguridad social, porque aunque parezca aberrante los SNP no lo tenían.

(...)

El CAS solo puede ser entendido si se lo sitúa en su contexto histórico y se lo analiza teleológicamente. No es un régimen ni pleno ni permanente, sino una etapa de tránsito hacia una unificación de todo el sector público, hoy fragmentada en diversos sistemas jurídicos y remuneratorios. (2009a, p. 120)

Las críticas contra la norma, por ser considerada discriminatoria al aplicar regímenes marcadamente distintos, vía ley, a situaciones sustancialmente iguales — trabajo subordinado al servicio del Estado— motivó a que 5000 ciudadanos interpusieran una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1057, bajo el expediente 00002-2010-PI/TC. El Tribunal Constitucional, al emitir su sentencia, señaló que “el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo” (f. j. 19). Sin perjuicio de ello, la corte constitucional consideró que:

31. Al tomar en cuenta cómo regulan estos sistemas el acceso a la carrera pública (se refiere al régimen laboral del D. Leg. 276 y del D. Leg. 728) — independientemente del régimen laboral aplicable— y al compararlos con el contenido en el Decreto Legislativo N.º 1057, se advierte que este no es complementario de ninguno de tales regímenes (...)
33. En ese sentido, se propuso realizar un análisis bajo los supuestos del principio-derecho de igualdad; sin embargo, considera el Tribunal Constitucional que ello no es posible, dado que no nos encontramos frente a regímenes o sistemas laborales que tengan la misma naturaleza o características, pues el acceso a ellos, es de diferente naturaleza —como se ha sido advertido precedentemente—, lo que justifica un trato diferenciado, no siendo por ello necesario, para criterio de este Colegiado, que se aplique el test de igualdad (énfasis agregado)

El Tribunal Constitucional toma como referencia de distinción la propia ley para determinar que nos encontramos frente a regímenes distintos, pese a que señala que el contrato que se regula es uno laboral respecto de una relación de prestación de servicios subordinados. En tal virtud, el tribunal resuelve declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad, pero haciendo la precisión de que se interprete el artículo 1º del Decreto Legislativo 1057 en el sentido que el CAS es un contrato laboral; además, disponiendo al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emitir la reglamentación necesaria que permita a los trabajadores sujetos a dicho régimen el ejercicio de los derechos de sindicación y huelga; y se fijen límites para la utilización de esta modalidad respecto del total de trabajadores.

Entendiendo que este es un régimen transitorio, en abril de 2012 fue publicada la Ley 29849 que establecía la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorgaba derechos laborales. De esta manera: (1) se precisó que el CAS constituye una modalidad especial de contratación laboral, (2) vacaciones por 30 días calendarios y (3) la incorporación del concurso público para el acceso, entre otros.

Al año siguiente, en julio de 2013 fue expedida la Ley de Servicio Civil, Ley 30057, con el objetivo de “establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas

personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas” (artículo 1). El tránsito de las entidades y sus trabajadores a dicho régimen que reemplazaría, en tanto que régimen unitario, a los regidos por los Decreto Legislativo 276, 728 y 1057, no ha sido lo fructífero que se esperaba y, como se señalaba en las estadísticas al inicio del documento, solo 1113 trabajadores se encuentran sujetos a dicha ley, al día de hoy.

Lo cierto es, además, que la problemática de las desnaturalizaciones de locaciones de servicios no cesó con la creación del contrato administrativo de servicios. Es decir, su cuestionable distinción que reconocía derechos parciales a los trabajadores que no gozaban de ninguno no alcanzó el objetivo que se propuso, dado que las malas prácticas que desembocaban en la desnaturalización de los contratos “autónomos” no pudieron ser erradicadas —y no lo están aún—. Ello ha conllevado a que persistan las demandas de desnaturalización de contratos o de reposición por despido incausado, frente a la terminación de contratos civiles o los propios contratos administrativos de servicios que se desvirtuaron.

Frente a esa situación, el Tribunal Constitucional se pronunció en el famoso caso, que además es un “precedente vinculante”, Rosalia Huatuco Huatuco (expediente 05057-2013-PA/TC). El tribunal comienza su análisis señalando que existe jurisprudencia ambivalente. De un lado, aquella que realiza una interpretación literal de los artículos 4 y 77 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que señalan que, frente a la presencia de una relación de trabajo subordinada en los hechos y a la desnaturalización de contratos temporales, corresponde, en la terminación de la relación contractual, que el trabajador sea reincorporado mediante un contrato de duración indeterminada, por cuanto en sus anteriores vínculos medió simulación o fraude. De otro lado, se señala que existe jurisprudencia que privilegia el principio recogido en la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175 “que establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que los accionantes no podían ser reincorporados mediante un contrato a plazo indeterminado si es que no ingresaron por concurso público” (f. j. 5-6).

Luego de valorar estas posiciones, el Tribunal Constitucional manifiesta la siguiente *ratio decidendi*: “la incorporación a la Administración pública se realiza mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada” (desarrollada en los f. j. 9 a 17). En esa medida, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización a la que se refiere el artículo 38 de la LPCL (f. j. 22).

Esta sentencia ha marcado un antes y un después en la forma de entender la tutela que le corresponde a un trabajador que demanda la reposición. Es más, ha generado posiciones distintas de la Corte Suprema la cual, para apartarse de dicha posición, ha aplicado la figura utilizada por las cortes extranjeras del “*distinguishing*”.

En el desarrollo de los capítulos se verá los criterios jurisprudenciales que han sido adoptados, así como la reciente normativa expedida por el Poder Ejecutivo, así

como por el Congreso en extremos totalmente opuestos para abordar esta problemática que se mantiene más vigente que nunca.



CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO: EL TRABAJO SUBORDINADO AL SERVICIO DEL ESTADO

1. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA Y EL TRABAJO DECENTE

Esta investigación trata sobre la desnaturalización de los contratos civiles y administrativo de servicios en vínculo con el Estado². Desnaturalización entendida como incorporación al régimen de prestación de servicios al cual se adscribe una determinada entidad pública.

Esta figura de la desnaturalización es propia del derecho laboral, opera frente a la realidad de una relación subordinada. En esa medida, en lo sucesivo, se delimitará qué tipo de trabajo es al que le corresponde este tipo de protección especial del ordenamiento, por qué debe ser así, cuáles son los rasgos que lo caracterizan y en qué medida se distingue de los otros tipos de servicios que pueden prestarse en el marco de una relación jurídica.

1.1 Delimitación del trabajo subordinado objeto de protección por el ordenamiento

Lo primero que debe decirse es que no todo trabajo es objeto de regulación por el derecho del trabajo, sino solo aquel que es humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado, como ya ha tratado ampliamente la doctrina laboral (Alonso Olea & Casas Baamonde, 2008, pp. 64–72; Neves Mujica, 2012, pp. 17–33). Dentro de ello, el punto al cual es necesario detenerse es el elemento subordinación, por ser, a la vez, el más problemático y el más importante a la hora de discernir si un determinado contrato es autónomo o fraudulentamente autónomo.

Tal y como se sigue del esquema recogido por la doctrina nacional, de la cual me he valido, principalmente, la subordinación es un grado más de especificidad al interior de la clasificación del trabajo humano, productivo, por cuenta ajena y libre. Sin embargo, desde otro punto de vista, la mencionada subordinación es una consecuencia natural de la ajenidad. Así, “la ajenidad en los frutos trae como consecuencia la sujeción del trabajador a las órdenes del adquirente en cuanto a qué frutos deben ser producidos y en cuanto a cómo, dónde y cuándo deben producirse los mismos” (Alonso Olea, 2013, p. 89)

Antes de adentrarnos en ello, es necesario realizar una precisión anterior: el derecho del trabajo regula principalmente las relaciones subordinadas privadas, por cuanto las que se insertan en la órbita de la esfera pública están, en principio, excluidas. El trabajo al servicio del Estado —de funcionarios, autoridades y servidores— es también subordinado, pero es intencionalmente separado del ámbito de aplicación del derecho laboral por la legislación. Estas relaciones son normadas por regulaciones particulares con derechos y consideraciones diferenciadas. Sin embargo, la situación no está hoy en día meridianamente dividida; el empleo público se ha ido laboralizando y al empleado público le aplica, con particularidades, las normas sobre derechos colectivos, ciertos beneficios laborales —como los de tiempo de trabajo— y la normativa sobre

² Para una explicación sobre qué entender por desnaturalización frente a la noción de invalidez, revisar el acápite 2.2. del Capítulo 2.

seguridad y salud en el trabajo (Martín Valverde et al., 2017, p. 182)³. Según explica Alain Supiot, el derecho del trabajo se ha convertido en el derecho común de las relaciones de dependencia económica, en la medida que posee una lógica propia que irradia a las otras ramas del derecho que regulan tales relaciones, entre ellas, la de servidores y funcionarios públicos (1993, p. 21). Ciertamente existen particularidades y más aún cuando hay multiplicidad de regímenes, como en el Perú.

Por consiguiente, dado que el trabajo humano por cuenta ajena, que es objeto del derecho del trabajo y de las normas del servicio civil, es el subordinado, tiene especial relevancia adentrarnos en sus características. Y, sobre ello, ha sido la investigación académica y la legislación sobre derecho del trabajo —dado su origen protector— la que con mayor holgura lo ha abordado, por lo que en esta primera parte la referencia será en tal sentido.

Subordinación significa sujeción, poner la fuerza de trabajo a disposición de otro para que la conduzca o dirija; esta situación se ha encuadrado desde los orígenes bajo las reglas de contratación del derecho civil, cuando de trabajo libre hablamos, y cuando no, mediante la imposición de regímenes de esclavitud o servidumbre. Cuando se trataba de prestación de trabajo libre, las reglas contractuales de igualdad y libertad entre las partes permitía que se estipulen los derechos y obligaciones que correspondían. Ello no representó mayor problema durante los siglos de historia que tiene la sociedad organizada, sino hasta que la esclavitud y la servidumbre quedaron proscritas y la prestación de trabajo libre, que era más bien reducida, se transformó totalmente con la irrupción de la Revolución Industrial a través de cual las grandes unidades productivas sustituyeron a las pequeñas, aglutinando a una gran cantidad de trabajadores. De esta manera, las fábricas, industrias y centros de producción eran puestos en funcionamiento por la masa de trabajadores libres que prestaban trabajo subordinado, quienes frente al empresario organizador de la mano de obra, tenían una disparidad manifiesta (Neves Mujica, 2012, p. 31 y 36). Esta se expresaba en que las necesidades de obtener un empleo eran mucho mayores a las probabilidades de encontrarlos por lo que la única voluntad del empleador era la que determinaba las estipulaciones contractuales, lo que desembocó en un régimen de explotación de la mano de obra bajo condiciones abusivas sin precedentes en la historia (Neves Mujica, 2012, pp. 9–10).

Por lo tanto, aun cuando en todas las sociedades ha existido trabajo productivo por cuenta ajena, debe tenerse presente que el derecho del trabajo aparece en un momento histórico claramente definido: cuando la sociedad evoluciona hacia el capitalismo industrial. El trabajo es fruto de la época de la Revolución Industrial y no antes; si bien todas las sociedades han conocido del conflicto producto de las relaciones de trabajo, la respuesta normativa laboral es una reacción al conflicto industrial, al conflicto entre capital y trabajo, al que se genera en la gran industria del siglo XIX que se caracterizó “por la doble concentración de capitales y de trabajadores”. Mediante la prestación de labores, los trabajadores aportan al sistema productivo la fuerza de trabajo

³ El caso peruano es especialmente paradigmático, pues, como se verá más adelante, incluso a ciertos ámbitos le son aplicadas directamente las normas laborales del régimen privado.

necesaria para la realización de los bienes que la nueva sociedad demanda; el empleador o empresario, que es dueño de los medios de producción, retribuye a través del salario la incorporación de la mano de obra que precisa para el funcionamiento de la empresa. El conflicto que subyace detrás de la sociedad capitalista es el central y paradigmático de la sociedad europea de entonces, de forma tal que las tensiones laborales son siempre expresión de las tensiones sociales por cuanto los intereses entre trabajadores y empleadores son contrarios, dado que la plena satisfacción de unos ha de ser necesariamente a costa de los propios de la contraparte (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2021, pp. 41–43).

El derecho del trabajo aparece, entonces, para darle un cauce a la necesidad del Estado liberal de canalizar el conflicto de intereses entre trabajo asalariado y capital, frente a la imposibilidad de la regulación existente para conjurar los enfrentamientos. Es “una respuesta bipolar” a las contradicciones de la sociedad capitalista porque busca asegurar la continuidad del sistema capitalista y el orden económico y social al encausar el conflicto con el fin de fomentar la formación de una ancha base de consenso respecto del sistema de legalidad que rige la sociedad y lo legitime frente a quienes propugnan un cambio radical. Por eso, el derecho del trabajo no es un derecho de clase conquistado únicamente por los trabajadores para la defensa exclusiva de sus intereses o un derecho burgués que atiende a la satisfacción de su aspiración de conservar sus estructuras de dominación. Cumple, en cambio, una función social de encausar los intereses enfrentados en los protagonistas del conflicto social (Sanguinetti Raymond, 1996, p. 154). El derecho del trabajo, por tanto, es una reacción frente a la incapacidad del derecho civil de “aprehender una relación dominada por la idea de subordinación de una persona a otra”, subordinación que, antes que comprometer la voluntad de una persona a otra, la somete, de modo que el derecho del trabajo entra a civilizar el poder empresarial para legalizarlo y limitarlo (Supiot, 1993, p. 19).

Como se ha señalado, el conflicto laboral aparece con la fuerza necesaria para constituir una nueva regulación distinta a la civil o mercantil en el siglo XIX, luego de las revoluciones inglesa, francesa, norteamericana y latinoamericana que acabaron con el Antiguo Régimen. El nuevo modelo de Estado es el liberal cuyo sistema económico se fundamentó en la propiedad privada de los medios de producción, la libertad de iniciativa, el lucro y la acumulación de capital. Pero, décadas después, la aparición de los sindicatos, la recesión y el poder de los monopolistas hicieron posible la legitimación de la intervención del Estado en la economía y en las relaciones laborales (Kresalja Rosselló & Ochoa Cardich, 2020a, pp. 465–467). Dentro del Estado liberal, a diferencia del feudal que se organizaba a partir de gremios que restringían las libertades de trabajo, comercio e industria, se expidieron leyes que prohibían toda clase de corporaciones de ciudadanos, como partidos políticos, sindicatos y gremios, dado que no se requería de instituciones que medien entre el individuo y el Estado.

Debe quedar claro, sin embargo, que, con la introducción dentro del sistema jurídico de la legislación laboral, no se reemplazó ni abolió las otras formas de trabajo por cuenta ajena que regulaban los códigos civiles, en cambio se le delimitó. Es decir, si antes del derecho del trabajo la regulación civil era aplicable tanto a trabajo por cuenta ajena autónomo como subordinado, luego de este queda restringido únicamente a ser aplicado para la prestación de trabajo autónomo. Los contratos que regían el trabajo por cuenta ajena eran la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios) y la *locatio conductio operis* (arrendamiento de obra).

La sociedad premoderna estuvo estructurada a partir de la prestación de trabajo por esclavos, inicialmente, y luego por siervos. Cuando un sujeto le entregaba a otro un esclavo para que realice una determinada tarea, el contrato era una *locatio conductio rei* (arrendamiento de un bien). Pero cuando una persona libre convenía prestar un servicio a otra el objeto directo no era la persona misma, sino su servicio a un conductor. El locador recibía un *salarium* o un *honorarium*, según se trate de oficios contra remuneración o no, de acuerdo con una distinción puramente social. Pero, independientemente de ello, la obligación era la de hacer —*facere*— divisible por tiempo trabajado o por cantidad de trabajo, la cual debía ser pagada en la forma y plazo convenidos. El trabajador debía responder por su dolo y culpa y si los servicios no podían prestarse sin su culpa, el riesgo era del conductor, quien debía pagar el precio por todo el tiempo convenido. Este contrato, por su configuración, tendió a transformarse en figuras de subordinación en perjuicio del trabajador, como ocurrió con los “siervos de la gleba”, hasta transformarse en lo que hoy es el contrato de trabajo (Guzmán Brito, 1997, pp. 166–167).

Cabe señalar que en la investigación de Antonio Ojeda Avilés se exponen estudios que harían dudar de la teoría aceptada de que los orígenes del contrato de trabajo es el arrendamiento de servicios y, en cambio, serían regulaciones como el reglamento de taller y el contrato industrial de servicios las que empezarían por disciplinar las relaciones laborales al interior de las fábricas e industrias en los siglos XVIII y XIX. El contrato de trabajo es uno industrial nacido en las fábricas masificadas urbanas del siglo XIX y principio del XX, época esta en la que ya se hablaba ampliamente de este tipo contractual. Este contrato no se trataba de uno nítidamente estructurado dado que no pudo beneficiarse de las interpretaciones que, de los contratos romanos, hicieron los glosadores, dado que su origen, insiste el autor, no es medieval sino de la industria, fábrica y la masificación obrera (2007b).

Mientras la *locatio conductio operarum* da en arrendamiento el trabajo o servicio mismo —la actividad—, cuando el objeto del contrato es la confección de una obra material, aunque dicha obra implique una actividad, se trata de una *locatio conductio operis*. Dado que el objeto es la obra terminada, poco importa si la ejecuta el propio deudor o asistido por terceros (Guzmán Brito, 1997, pp. 167–168).

Ambos contratos, locación de servicios y obra, tienen vigencia en el derecho moderno, pero dado que comulgan con el contrato de trabajo deben regular cuestiones distintas.

A mediados del siglo pasado, desde la orilla del derecho civil, José León Barandiarán explicaba que la locación o contrato de servicios; la locación de obra o contrato de empresa, construcción u obra y “lo que hoy se conoce con el nombre de contrato de trabajo” tienen de común que conciernen a la actividad humana que actúa para hacer algo o producir algo. Así, señala que este último no cubre todo trabajo. Una determinada labor puede ser sustancialmente igual, ya sea que se trate de un contrato de servicios o de obra, “pero ese trabajo es tratado legalmente de modo distinto cuando por causa de una especial vinculación jurídica entre quien proporciona el servicio y aquel para y por cuenta de quien es proporcionado (se refiere a aquel que lo recibe y quien encarga el trabajo, es decir, el empleador), se estima que una determinada subordinación jurídica del primero respecto del segundo rige tal vinculación”; en otras palabras, el contenido intrínseco de la labor prestada puede ser la misma, pero el continente puede resultar distinto, en cuanto a que, aun cuando se trate del mismo

objeto, este puede estar compelido dentro de un ámbito de configuración jurídica determinado. Así, si A presta a B un servicio determinado y único por una sola vez, el contrato será de locación; pero si A trabaja permanentemente para B y si hay una relación permanente entre ambos que determina un cierto salario, periódico, y cierta subordinación jurídica, entonces no hay contrato de servicios, sino de trabajo. De igual manera, si B encarga a A fabricar un solo producto determinado por una sola vez, aquí hay contrato de obra, pero si lo hace permanentemente contra un sueldo o salario periódico, hay relación de trabajo. León Barandiarán agrega que, si se desarrolla una actividad profesional para varios clientes y no para uno en forma determinada por un número de horas, será contrato de servicios. En consecuencia, la línea divisoria no será por el contenido de la actividad, sino por la cualidad que viene a adscribirse a esa actividad (1966, pp. 492–494).

Hoy en día esta situación es mucho más controversial y problemática que la que nos plantea León Barandiarán, dado que la sociedad avanza y se enfrenta a nuevas realidades constantemente y el derecho o bien se adapta interpretativamente o bien se modifica, pero, como no puede ser de otra manera, termina rezagado a la realidad. Debe distinguirse, entonces, entre los que son elementos necesarios, identitarios o determinantes de una relación de trabajo de aquellos otros típicos, comunes o recurrentes y, por lo mismo, contingentes; sobre esto último se abordará en el siguiente apartado.

Queda claro, entonces, que la subordinación es el elemento identitario de la relación de trabajo. Hemos señalado que subordinación es poner la fuerza de trabajo a disposición de otro para que la conduzca o dirija. Esta razón de ser tiene su origen en los primeros escritos que se hizo sobre el derecho del trabajo. Según explica Wilfredo Sanguineti, fue en los trabajos iniciales del civilista italiano Ludovico Barassi en los que se entronizó la subordinación como criterio nuclear de identificación del trabajo objeto del derecho del trabajo. De esta manera, la subordinación es un “estado jurídico” que tiene como contrapartida “el derecho de quien está investido del poder de imponer su voluntad y en la obligación de quien es sujeto pasivo de aceptar y secundar esa voluntad adecuando a ella su conducta” (2022, p. 19). Ahora bien, la subordinación no exige un permanente ejercicio de dicho poder de dirección, sino que es una posibilidad. Así, siguiendo con la referencia a Wilfredo Sanguineti, el empleador puede darle mayor o menor cabida a la propia iniciativa del trabajador; tales poderes pueden concretarse de una variedad de formas o manifestaciones y poseen una noción elástica y flexible, de forma tal que, antes que identificar la presencia efectiva de órdenes y controles, debe atenderse a la posibilidad de que tales puedan darse; por lo que estamos antes que a un poder de hecho, frente a uno jurídico (2022, pp. 24–25).

Adentrándonos en el dato normativo, encontramos que una descripción de lo que implica la subordinación se encuentra en el artículo 9 de nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral en los siguientes términos:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar

disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

Del artículo queda evidenciado la doble cara de la moneda de la relación de trabajo: de un lado, subordinación, y, del otro, dirección del empleador que comprende (a) normar reglamentariamente las labores, (b) dictar órdenes necesarias para su ejecución y (c) sancionar disciplinariamente por infracción o incumplimiento de obligaciones.

En el mismo sentido se expresa el Tribunal Constitucional del Perú que replica lo señalado por el dato legislativo con leves variaciones. En la sentencia recaída en el expediente 4840-2007-PA/TC señaló que “La subordinación del trabajador a su empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación de trabajo para el que se les contrata (ejercicio del poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario) (f. j. 5). Por su parte, en con semejante tenor, en la sentencia del expediente 00559-2008-PA/TC se indicó que: “el vínculo de subordinación jurídica, implica que el trabajador debe prestar los servicios bajo la dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador (f. j. 6)

Es preciso aclarar que, tal y como se expuso en la cita a Sanguinetti, esta prestación de servicios bajo la dirección del empleador es una habilitación jurídica para ello, una situación jurídica de ventaja conferida al empleador y no su ejercicio permanente como dato de la realidad. La sumisión a órdenes es casi inexistente en algunos casos —piénsese en los casos de un trabajo de alta especialización— por lo que es solo una potencialidad, de manera que la subordinación o dependencia es entendida como pertenecer o estar inmerso dentro de un cuadro orgánico de funciones y competencias, un círculo rector o una esfera organizativa (Alonso Olea, 2013, pp. 100–101).

En las siguientes líneas me ocuparé de aquellas circunstancias características que permiten reconocer de mejor forma que la relación jurídica que tenemos en frente es una subordinada y no autónoma.

1.2 Identificación de los elementos típicos de la relación de trabajo

El test de laboralidad, herramienta que aparece casi a la par del derecho del trabajo, implica un examen mediante la observación de las características de un determinado trabajo asalariado para determinar si debe ser regido por el derecho del trabajo. Para ello se vale de un conjunto de indicios que permiten desentrañar la maraña de derechos y obligaciones que hacen difícil la identificación del trabajo subordinado, más aún cuando esta pretende ocultarse (Sanguinetti Raymond, 2022, p. 19 y 26).

El Tribunal Supremo de España, consolidando algunos de estos rasgos característicos en su jurisprudencia —sentencias del 6 de junio de 1990, 8 de octubre de 1992 y 5 de noviembre de 1993—, tiene dicho que puede ser la asistencia regular y continuada al lugar de trabajo, el seguimiento de un horario preestablecido, la utilización de un despacho o dependencia estable en el centro de trabajo, la continuidad o estabilidad en el mismo, la prestación de servicios a exclusividad para un empleador o la obligación de aceptar todos los encargos (Martín Valverde et al., 2017, p. 178). Sin embargo, si bien antes estos habrían sido suficientes para reconocer la existencia de

una relación de trabajo, ya de un tiempo acá no concurren todos necesariamente producto de las nuevas formas de organización del trabajo.

Es por ello que se planteó que el elemento subordinación no era suficiente y se había agotado a la luz de la nueva realidad, de modo que se esbozaron otras soluciones como la ajenidad, la inserción en la organización empresarial o la subordinación económica. Lo cierto es que el elemento subordinación, tal y como ha sido expuesta en el punto anterior, —puesta disposición de la fuerza de trabajo al empleador para que ostente el derecho de organizarla en sentido amplio— no puede valerse exclusivamente de encontrar si el prestador de servicios tenía la obligación de cumplir horarios establecidos, o a prestar servicios en la sede de la empresa para acatar las órdenes de los supervisores. Esto se ha agravado con la irrupción de las plataformas digitales y la *gig economy*⁴ en los que el propio trabajador elige o rechaza los encargos, puede subcontratar trabajo, en algunos casos, o ser reemplazado y, muchas veces, aporta sus propias herramientas de trabajo.

Esta nueva forma de prestar trabajo a través de plataformas digitales no ha merecido un pronunciamiento aun por parte de la judicatura peruana, como sí lo ha hecho la española. En la sentencia del Tribunal Supremo 805/2020 del 25 de setiembre de 2020, en el caso planteado por un trabajador de Glovo se determinó que el trabajo prestado era subordinado por lo que correspondía estar regido por el derecho del trabajo:

VIGÉSIMO PRIMERO.- 1. En definitiva, Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. (...)

El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. (...)

2. (...) Glovo lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto, por lo que este Tribunal debe concluir que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada previstas en el art. 1.1 del ET, estimando el primer motivo del recurso de casación unificadora.

La subordinación, de esta manera, no ha desaparecido, pero se ha despersonalizado y flexibilizado. En consecuencia, junto con la presencia algunos de indicios o rasgos típicos aparecen otros de signo contrario que buscan demostrar la autonomía del supuesto trabajador (Ermiida Uriarte & Hernández Álvarez, 2002, p. 294; Sanguineti Raymond, 2022, pp. 26–28).

⁴ Al respecto, “El término ‘gig’ proviene de la jerga musical y se refiere a las actuaciones cortas que realizan los grupos musicales y que podrían traducirse como ‘bolos’. Aplicado al mundo laboral, el concepto alude a los trabajos esporádicos que tienen una duración corta y en los que el contratado se encarga de una labor específica dentro de un proyecto. Ver en: <https://www.bbva.com/es/que-es-la-gig-economy/>

Todos estas características deben ser analizadas en conjunto, aplicando un “juicio de equivalencia” o ponderación de su valor; la respuesta que se erija debe ser de tal coherencia y contundencia que la opción escogida de laboralidad o no, debe ser capaz de integrar, explicar, neutralizar o negar la fuerza de la tesis opuesta, de manera que se explique satisfactoriamente la “economía global del vínculo” (Sanguinetti Raymond, 2022, p. 32).

En el contexto nacional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido ciertos indicios que evidencian que nos encontramos frente a una relación de trabajo y que, como se ha advertido en las anteriores líneas, son solamente rasgos característicos de laboralidad pero que en ningún caso cuando no se presenten van a negarlo. Así, en la sentencia sobre el expediente 03146-2012-PA/TC se advirtió que:

Para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: **a)** control de la prestación o la forma en que esta se ejecuta; **b)** integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada (empleador); **c)** prestación ejecutada dentro de un horario determinado; **d)** prestación de cierta duración y continuidad; **e)** suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; **f)** pago de remuneración al demandante; y, **g)** reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud. (f. j. 3.3.3.)

Queda claro que estas señas son recogidas por nuestro Tribunal Constitucional de la legislación laboral peruana que contempla cada una de estas figuras como regulares dentro de una relación de trabajo. La Corte Suprema también ha echado mano del test de laboralidad, a partir del análisis de los indicios y rasgos antes mencionados; veamos la Casación 054-2001-Lima:

Cuarto. (Si) bien el demandante laboró para la demandada, en mérito de haber suscrito los Contratos de locación de servicios, que están regulados por las normas del Código Civil, sin embargo, en forma diferente a lo pactado al ejecutar la prestación de servicios, al desempeñar su labor, trabajó bajo subordinación de dicha entidad demandada estando sujeto a un horario fijo o jornada, percibía una remuneración periódica y efectuaba labores de carácter permanente por lo que teniendo en cuenta la naturaleza social del derecho del trabajador, el juzgador debe aplicar la norma pertinente a la realidad en beneficio del trabajador (subrayado agregado).

En cambio, en la Casación 4259-2010-La Libertad, no parece haber realizado el test con suficiente prolijidad o, en todo caso, lo realizó sin la fundamentación debida dado que pareciese que se confunde la presencia de rasgos típicos o característicos con la de rasgos identitarios o estrictamente necesarios, como lo es la potencialidad de la organización, control y sanción que antes hemos hechos referencia, a saber:

Cuarto. (Se) debe poner énfasis que en el caso de autos las instancias de mérito no han cumplido con analizar de manera conjunta los siguientes hechos

relevantes: 1) Que, en el presente proceso de la revisión de los actuados fluye que el demandante solicita que se declare la desnaturalización de su contrato civil y sea el mismo considerado como uno laboral; en consecuencia, se ordene a las codemandadas TM y TP, el pago de sus beneficios sociales desde su fecha de ingreso; 2) Siendo esto así, las instancias de mérito no han cumplido con analizar la existencia de una relación laboral entre el demandante y las codemandadas mencionadas, de manera plena toda vez que el demandante conforme (sic) nunca alegó haber cumplido con una jornada de trabajo a lo largo del proceso, y más aún, dejó consentir el extremo de la sentencia de primera instancia que declaraba que “no se encontraba sujeto a un control de horarios”; 3) Se ha inaplicado el artículo 4o del Decreto Supremo N.º 001-97-TR y el artículo 11 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 713, toda vez que para que el demandante acceda a los conceptos de Compensación por Tiempo de Servicios y Vacaciones, respectivamente; las instancias de mérito admiten que no se puede establecer que el demandante de manera exacta cumpliera con una jornada laboral; debiendo, en consecuencia, el Juez de la causa, de conformidad con lo señalado en el artículo 28º de la Ley Procesal de Trabajo, investigar la existencia del elemento determinante de toda relación laboral, esto es, la subordinación, así como que el horario de trabajo haya sido a tiempo completo (subrayado agregado).

El cumplimiento de una jornada de trabajo y el control de horarios no son elementos indispensables para que exista una relación de trabajo, simplemente son comunes. Bien pueden no estar presentes y ello ha calado hondamente producto de la nueva forma de trabajo instaurado con el trabajo remoto a raíz de la emergencia sanitaria por la pandemia de la covid-19.

En la medida que este trabajo de investigación se centra en las relaciones subordinadas de empleo público, son importantes de tener en cuenta los informes técnicos que ha emitido la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) sobre uno de los elementos o rasgos típicos de la dependencia como son el horario y la jornada de trabajo, que se han desdibujado en el contexto del trabajo prestado en forma remota:

En el Informe Técnico 001013-2020-SERVIR-GPGSC se señaló que “no resultaría posible que el servidor que se encuentre en la modalidad de trabajo genere horas extras, al no encontrarse sujeto a un horario”. Posteriormente, en el Informe Técnico 001224-2020-SERVIR-GPGSC, se aclaró que aun cuando no generaba horas extras si podía recuperar horas pendientes de compensación mediante la modalidad remota pero a través del desempeño de una mayor demanda de trabajo al que ordinariamente le correspondía: “es factible la recuperación de horas a través del trabajo remoto, siendo posible que la entidad asigne labores adicionales a las encargadas de forma ordinaria para reducir las horas de licencia con goce de haber pendiente de compensación”. En igual tenor se determinó en el Informe Técnico 000087-2021-SERVIR-GPGSC: “la compensación de horas no laboradas a través del trabajo remoto deberá ejecutarse a través de la asignación de encargos en proporción a la producción del servidor y a las horas dejadas de laborar; es decir, se le deberá asignar labores adicionales a su carga regular” (subrayado agregado).

Por su parte, mediante el Informe Técnico 001234-2020-SERVIR-GPGSC se precisó que en la modalidad remota el trabajo es por cumplimiento de encargos y no por la cantidad de tiempo:

A diferencia del trabajo presencial, el trabajo remoto se mide por el cumplimiento de encargos y no por la cantidad de tiempo que el servidor se encuentre conectado a los medios digitales que emplea para realizar sus funciones. Es decir, en el trabajo remoto se evalúa el cumplimiento de metas. (...) Para tal fin, la entidad debe tener identificadas cuáles son las actividades de cada puesto y su producción regular en periodos delimitados de tiempo (diario, semanal, mensual, etc.). Así, la cantidad

de encargos a asignar podrá ser proporcional a la producción que el servidor tenía durante la jornada de trabajo presencial (...). Los servidores que realizan trabajo remoto sí se encuentran en la obligación de mantenerse disponibles para coordinaciones laborales durante el horario de trabajo regular de la entidad (subrayado agregado).

Como consecuencia de la no exigencia de una jornada específica ni un horario determinado, en el Informe Técnico 001519-2020-SERVIR-GPGSC se afirmó que: “El control de asistencia no resulta efectivo en el trabajo remoto, toda vez que la entidad no puede supervisar que el servidor dedique la totalidad de la jornada de trabajo a la prestación de servicios. Dicho control de asistencia solo monitorea que el servidor estuvo conectado en determinados momentos del día pero no garantiza su permanencia durante la jornada” (subrayado agregado).

Es de destacar que en el Informe Técnico 001234-2020-SERVIR-GPGSC — citado en el pie de página 12— se señale como un rasgo característico que el trabajo remoto se mida por “el cumplimiento de encargos” y mediante “la cantidad de tiempo”. Y esto en la medida que la obligación de prestar trabajo siempre ha sido entendido como una de medios y no de resultado, por cuanto el trabajador no asume el riesgo del negocio dado que un presupuesto de la relación de trabajo es la ajenidad justamente (Guisado et al., 2004, p. 134).

Sobre esta clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, De Lorenzi señala que:

Hacia fines del decenio 1920-1930, un estudioso [Demogue] planteó en Francia la distinción, relativa al objeto de la obligación, entre obligación de medios (*obligation de moyen*) y obligación de resultado (*obligation de résultat*). Esta distinción iba a tener gran éxito en la doctrina y jurisprudencia francesa posteriores.

Existen obligaciones en las cuales el deudor promete al acreedor cierto resultado y otras en las cuales el deudor promete sólo los medios, o sea, ciertas medidas que por lo general son tales que conducen a un resultado, o bien la diligencia.

La distinción es relevante desde varios aspectos. En primer lugar, lo es respecto de la determinación del contenido del deber, y de los presupuestos del cumplimiento y, por lo tanto, de los extremos del incumplimiento. En las obligaciones de medios, a diferencia de las otras, la diligencia es el contenido de la actividad debida; en otras palabras el contenido de la actividad debida o del deber se precisa con el criterio de la diligencia del buen padre de familia, que es modo, medida del cumplimiento y sirve para establecer si la obligación ha sido cumplida exactamente o no (De Lorenzi, 2007, pp. 195–196).

Desde nuestro punto de vista, tal cumplimiento de encargos debe ser entendido de la forma más concreta posible, esto es, acatamiento de órdenes, desempeño de tareas específicas encomendadas, por ejemplo, la elaboración de informes o embalaje de una cierta cantidad de cajas. En toda obligación siempre habrá una utilidad que se busque alcanzar; ciertamente la obligación global de prestar trabajo no está orientada a ningún resultado determinado, porque el riesgo del negocio le corresponde al empleador o empresario, pero sí debe ejecutarse cada una de las prestaciones concretas que son encomendadas, de lo contrario podría dar lugar al ejercicio del poder disciplinario. Desde distintos puntos de vista y con argumentos diferentes, esta idea es abordada por Felipe Osterling y Mario Castillo (2000) y Gastón Fernández (2005).

Volviendo al asunto de los rasgos típicos de la relación de trabajo, otro identificado por nuestra jurisprudencia es el relativo a que las labores ejecutadas por el trabajador se encuentren relacionadas directamente con la actividad principal del negocio del empleador, como puede observarse en la Casación 321-2017-Lima:

Décimo Quinto(...) . Respecto a la subordinación, es menester señalar que dicho elemento también se encuentra acreditado en el caso de autos, dado que las funciones realizadas por el demandante se encontraron relacionadas directamente con la actividad principal de las demandadas, pues aparte de la compra y venta de inmuebles, se dedicaban a alquilar a terceras personas inmuebles, para la cual, necesitan de personal que se encargue de todo lo relacionado a dicha actividad, siendo así, el demandante a través de lo consignado en sus recibos por honorarios ha señalado que se encargó de la limpieza de oficinas, reparación de *parquets*, vinílicos, pinturas, colocaciones de *pisopack*, guardianías en diversos inmuebles, pintura, reparaciones, trabajos de empaste, coligiéndose que dichas actividades se encuentran relacionadas a la actividad de las codemandadas, adicionalmente a ello, cabe agregar que el demandante realizaba compras de materiales que necesitaba para las funciones que se le asignaba, señalando en las facturas el nombre de las codemandadas (...) verificándose entonces, que las codemandadas le otorgaban los materiales a la parte demandante a efectos que este proceda a efectuar las funciones encomendadas.

Así como la jurisprudencia nacional ha identificado elementos típicos de una relación de trabajo, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el 15 de junio de 2006 la Recomendación sobre la relación de trabajo (R198) en la que se reconoce que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y se toma en consideración “las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir una relación de trabajo, o cuando no hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o su aplicación”. Así, pues, en su apartado II rescata un conjunto de indicios específicos para la determinación de la existencia de una relación de trabajo que pone a consideración para que sean tomados en cuenta:

(a) Sobre la forma de prestación del trabajo:

- Se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona
- Implica la integración del trabajador en la organización de la empresa
- Es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona
- Debe ser ejecutado personalmente por el trabajador
- Debe ser ejecutado dentro de un horario determinado
- Debe ser ejecutado en el lugar o aceptado por quien solicita el trabajo
- Es de cierta duración y tiene cierta continuidad
- Requiere la disponibilidad del trabajador
- Implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo

Alguna reflexión merece estos primeros indicios sobre la forma de prestación de trabajo antes de pasar al siguiente punto que desagrega la recomendación. Si pasamos revista por cada uno, vemos que se confunde algunos elementos que son identitarios o

vertebrales de una relación de trabajo con otros que son, como los llama la recomendación, “indicios específicos”. Que la realización sea bajo el control de otra persona es justamente el derecho subjetivo que ostenta el empleador en virtud de la relación de trabajo, forma parte de aquel conjunto de atributos que constituye la posición jurídica de empleador; igualmente es con la referencia a que el trabajador se integre en la organización de la empresa, que es distinto a que preste servicios físicamente en ella; acá se está haciendo referencia a que forme parte de la estructura de coordinación que es la empresa y que incluso está recogido legalmente en algunos ordenamientos como tipificador de una relación de trabajo, pues lo contrario implicaría que sea un autónomo. Por su parte, que el trabajo sea prestado personalmente es un requisito indispensable para que hablemos del trabajo que es objeto de protección por el derecho del trabajo; no puede serlo de otra manera, salvo que la delegación sea accesoria o carezca de relevancia como en el trabajo familiar. Los otros elementos sí merecen el membrete de indicios o rasgos característicos, dado que podrían no estar pero son recurrentes en las relaciones de trabajo porque son la materialización de aquel poder de control o integración del trabajador en la organización de la empresa. Este es el caso de las instrucciones que da el empleador; siempre que se presenten significará que estamos ante una relación subordinada, aunque, como ya se ha dicho, las instrucciones técnicas podrían no estar presente frente a labores altamente especializadas.

Vayamos ahora a la segunda parte de los indicios.

(b) Sobre la retribución pagada, los beneficios económicos y la presencia de condiciones de trabajo:

- Se paga una remuneración periódica
- La remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador
- Incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte u otros
- Se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales
- La parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo
- No existen riesgos financieros para el trabajador⁵

La remuneración es un elemento indispensable para la existencia de una relación de trabajo, no es su rasgo típico; remuneración entendida como la retribución debida y no la efectiva, es decir, como el derecho correspondiente al trabajo que debe prestarse, pues caso contrario estaríamos ante relaciones no productivas o de otra naturaleza como las formativas o altruistas (Neves Mujica, 2012, pp. 39–41). Por ello, debemos reparar aquí en que el rasgo típico no es la presencia de remuneración a secas que es en todo caso la prestación típica —en el sentido de tipicidad— del contrato de trabajo,

⁵ Podría decirse que la ajenidad es un presupuesto también del trabajo subordinado, tal y como lo desarrolla con amplitud Alonso Olea y se esbozó en la nota a pie 8. Sin embargo, es preciso reparar también que en la opinión de Antonio Ojeda Avilés existen otras relaciones contractuales en las que este elemento de ajenidad es también la causa de relaciones de naturaleza civil, por lo que no sería privativa del contrato de trabajo (Ojeda Avilés, 2007a).

sino que esta sea periódica o que sea la única o principal fuente de ingresos. Estos aspectos o forma de pago son los característicos de las relaciones de trabajo.

Como su propio nombre lo evoca, esta recomendación no obliga, pero es una fuente de *soft law* central para el trabajo que legisladores y jueces deben desarrollar cuando aborden esta situación. Adrede hemos querido empezar por la jurisprudencia y la recomendación porque no existe norma general que nos señale elementos característicos que resuelvan una situación de incertidumbre en una determinada relación jurídica entre dos individuos. Esto, en cambio, sí ocurre en el caso de la tercerización; en la Ley 29245, que la regula, se señala que son elementos característicos de las empresas tercerizadoras “la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal” (artículo 2). Estos elementos propios son indicios de la existencia de autonomía empresarial, señala el reglamento aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR.

Al contrario, lo que sí tenemos son regulados ciertas acciones o situaciones que determinan la desnaturalización de ciertas relaciones particulares, volviéndolas una de carácter indefinida. Así, por ejemplo, encontramos esta regulación de supuestos de desnaturalización para las modalidades formativas laborales (Ley 28518, art. 51 y Decreto Supremo 007-2005-TR), los contratos de trabajo sujetos a modalidad (LPCL, art. 77), la intermediación laboral (Decreto Supremo 003-2002-TR, art. 14) y la tercerización (Ley 29245, art. 5, Decreto Supremo 006-2008-TR, art. 5 y Decreto Supremo 020-2007-TR, art. 4-B).

1.3 La tutela del trabajo decente: principio protector y de primacía de la realidad

En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, con ocasión del 80° aniversario de su constitución, la OIT asumió como objetivo estratégico alcanzar el “trabajo decente”. Este tiene cuatro objetivos (1) promover y contribuir al cumplimiento de las normas, y los principios y derechos fundamentales en el trabajo; (2) crear mayores oportunidades para las mujeres y los hombres con el objeto de que dispongan de unos ingresos y empleo decorosos; (3) realzar el alcance y la eficacia de la protección social para todos; y (4) fortalecer el tripartismo y el diálogo social (Alonso Olea, 2013, p. 613). Según explica Manuel Alonso Olea, la vinculación entre las normas adoptadas por la OIT y el programa del trabajo decente es destacada por la propia organización como esencial; alcanzarlo depende del reconocimiento y respeto de sus normas y, mínimamente, de aquellos considerados como principios o derechos fundamentales en el trabajo (2013, pp. 613–614). Estos están recogidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 y que reconocen (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El Consejo de Administración de la OIT ha identificado que son ocho los convenios fundamentales que regulan las cuatro áreas de la declaración de 1998. Estos convenios son conocidos como “normas fundamentales” en el trabajo y son: Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de

Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 1930 (núm. 29); Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973 (núm. 138); Convenio Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (núm. 182); Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (núm. 100); Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 1958 (núm. 111) (Organización Internacional del Trabajo, 2003, pp. 7–8).

De esta manera, para alcanzar el trabajo decente es imperioso que se cumpla con el ordenamiento jurídico el cual debe guardar correspondencia con la normativa internacional, lo que incluye las normas de derechos humanos laborales recogidas en los tratados de tal naturaleza y también los convenios de la OIT ratificados por los Estados. Para ello, el derecho del trabajo, especialmente el latinoamericano, ha desarrollado un conjunto de principios que se fundamentan en sus cimientos y sustentan la aplicación de sus reglas y disposiciones. Son varios y la Constitución de 1993 ha regulado expresamente tres en su artículo 26:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Esto no significa que sean los únicos, pues la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de reconocer e identificar otros, como son los de normas más favorable, condición más beneficiosa y primacía de la realidad; además, del general del cual se derivan los demás y da fundamento al derecho del trabajo, nos referimos al principio protector. No se exige que estén delimitadas en forma expresa, por cuanto se desprenden de los propios valores constitucionales y del ordenamiento en su conjunto, aunque, como explica Javier Neves, sería lo deseable para reforzarlo (2012, pp. 129–130). El hecho de estar definidos en el texto constitucional responde al proceso de constitucionalización del derecho del trabajo y que tiene sus antecedentes inmediatos en los artículos 42 y 57 de la Constitución de 1979 (Blancas Bustamante, 2011, pp. 356–360).

La cuestión de los principios es una relativamente reciente si de evolución jurídica hablamos. Responden a la idea de tránsito del Estado legal al Estado constitucional de derecho o paradigma del constitucionalismo. Se señala que las constituciones contemporáneas no están formadas solo por reglas que regulan el ejercicio del poder y la ordenación de las fuentes del derecho, sino que lo están también por normas sustantivas que recogen valores, principios morales, directrices y derechos fundamentales que se formulan con vocación de ser directamente aplicables. Con esta clase de normas (de consecuencia jurídica “abierta”) ya no se trata de inferir “deductivamente” una prescripción individual a partir de una regla (de consecuencia jurídica “cerrada” o “concreta”), sino de construir argumentativamente una regla a partir de un principio (Prieto Sanchís, 2014, p. 66). Así, “mientras las reglas se aplican por subsunción, los principios se ponderan, procurando establecer un adecuado balance entre las razones que justifican el grado de afectación de unos derechos y el grado de

realización de otros derechos como consecuencia de tal afectación” (Morales Luna, 2009, p. 163).

No es propósito de esta investigación abordar todos los principios laborales, ni mucho menos. Como se ha señalado, el problema que se aborda es el de la desnaturalización de los contratos civiles y administrativo de servicios en el empleo público. Para ello, son dos los principios laborales que se desea apuntar porque tienen directa incidencia en la situación bajo análisis: estos son el protector y el de primacía de la realidad, que se deriva de aquel. Entran en juego con las propias relaciones de empleo público, como serán abordados en el siguiente capítulo.

1.3.1 *El principio protector*

El derecho del trabajo, como se ha dicho, aparece con el propósito de tutelar a la parte trabajadora por la situación de desigualdad en la que se encuentra respecto del empleador, con la finalidad de limitar su poder que, en la realidad, tiene. Para ello, debemos entender que existe una doble asimetría o desigualdad producto de la relación de trabajo. La primera es la desigualdad al momento de contratar, producto del mayor poder de negociación que tiene el empresario —en la mayoría de los casos, ya que en situaciones excepcionales podría no ser así— y que derivaría en la imposición de sus condiciones en el contrato. Las doctrinas liberales, que eran las imperantes en los orígenes del derecho del trabajo, enseñaban que la autonomía contractual de las partes garantizaba la plena justicia porque la parte jamás aceptaría un acuerdo destinado a causarle más pérdidas que ganancias. Sin embargo, esto ha sido duramente criticado desde la propia senda del derecho civil porque el contrato se celebra dentro de un marco económico en el que operan productores monopolistas u oligopolistas y prácticas que falsean el mercado (Sacco & De Nova, 2021, pp. 39–40). La segunda desigualdad es al interior de la relación de trabajo y que, a diferencia de la anterior, no tiene que ver con el mayor poder de negociación e imposición que puede tener el empleador al momento de establecerse la relación, pero sí influye en hacerla más marcada. Como se ha señalado, en la relación de trabajo, una parte se subordina a la otra para que la dirija, controle y sancione; entonces, esta segunda asimetría es connatural al tipo de relación jurídica que aborda el derecho del trabajo y no puede ser de otra manera, justamente por el poder jurídico que ostenta el empleador atribuido por el mismo ordenamiento, por lo que es necesario que también se regulen límites a ese poderío legal y derechos que le hagan frente. Una y otra asimetría se entremezclan, porque de no controlarse la primera, mayor poder habrá en la segunda.

Por ello, todo el sentido y finalidad ulterior del derecho del trabajo se convierte en un valor o principio, que es el tuitivo o protector. Este es comprendido de forma uniforme como el principio supremo. Responde al reconocimiento de que el vínculo laboral no es entre iguales y determina que el derecho eche mano de la discriminación positiva y se “atribuya privilegios al débil al tiempo de limitar las atribuciones del fuerte” (Pasco Cosmópolis, 2009b, pp. 6–7). No tiene una mención expresa en nuestra Constitución vigente como sí lo tenía en la abrogada al señalar que “el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado”. Actualmente, se señala que “el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria por el Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que

trabajan”. Esto no quiere decir que no haya protección a los trabajadores en general y solo a un grupo, sino que hay protección preferente a los grupos antes mencionados por sobre la general que ya de por sí le corresponde al grueso de trabajadores (Boza citado por Blancas Bustamante, 2011, p. 317).

Sobre el sentido del principio, Américo Plá explica que este no determina un método especial de interpretación, sino es un principio general que inspira todas las normas de derecho del trabajo. Preside las fuentes de derecho del trabajo e impone la carga de dar amparo preferente a una de las partes. Ahora bien, esto no significa proteger bajo cualquier medio y forma al trabajador a costa de la seguridad jurídica que es garantía del ordenamiento; eso sería arbitrariedad. Requiere ser aplicado dentro de su real espacio que, según expone, son tres criterios de interpretación específicos: (a) interpretación más favorable al trabajador entre varios sentidos posibles de una norma, (b) aplicación de la norma más favorable cuando haya más de una aplicable y (c) condición más beneficiosa (1998, pp. 61, 77–78, 83–84).

Adicionalmente a estos tres criterios de interpretación en los que se concretiza el principio protector, desde nuestro punto de vista, es necesario resaltar que tiene también la vocación de ser una norma directriz que impone al legislador el deber de establecer aquellas normas que garanticen la tutela efectiva del trabajador en el conjunto de relaciones con el empleador (Blancas Bustamante, 2011, p. 316). El derecho del trabajo, como derecho fundamental, y su correspondiente principio protector, como todo derecho de tal categoría, ostenta un doble carácter de derecho subjetivo y de institución objetiva valorativa que es constitutiva y legitimadora de todo el ordenamiento jurídico; es un valor en sí mismo sobre las que se estructura o debe estructurarse la sociedad democrática y el Estado Democrático, como ha expresado el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia expuesta en la STC EXP 03330-2004-AA/TC (f. j. 9).

El Tribunal Constitucional ha señalado que “para hacer frente (a la asimetría subsistente en la relación laboral) se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma” (STC EXP 00008-2005-PI/TC, f. j. 20 parte final). Es en este sentido que se resalta la importancia del principio protector para esta investigación, esto es, la de relevar la desigualdad y tenerla en consideración para la elaboración de cualquier norma de trabajo, su interpretación y aplicación.

1.3.2 El principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad es otro central en la operatividad del derecho del trabajo; de nada valdría toda la protección que el ordenamiento ha construido si bastara la nomenclatura de la relación para su determinación. Pese a tal protagonismo no se encuentra recogido expresamente en la Constitución peruana.

Ello no ha impedido que sea recogida por nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria. Se ha dicho que este principio comporta que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye en los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (STC EXP 01944-

2002-AA/TC, f. j. 3), según el Tribunal Constitucional. Y, a estas mismas palabras, agrega la Corte Suprema “previa identificación de los elementos básicos del contrato de trabajo relativos a la prestación personal, subordinación y remuneración⁶ (Casación 00014-2006-Lima —precedente de observancia obligatoria—, considerando segundo).

Esta frase usada por la jurisprudencia está tomada de Américo Plá (1998, p. 313), dada su enorme influencia en el desarrollo doctrinal de los principios del derecho del trabajo latinoamericano. Ahora bien, su reconocimiento sí lo podemos encontrar normativamente en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley 28806, la cual disciplina en su artículo 2.2 que “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados. Como se advierte del texto citado, este principio no se circunscribe a la determinación de una relación de trabajo, sino que es mucho más amplio. Tal y como dice el propio Plá, “los casos de aplicación del principio son prácticamente infinitos, como son ilimitadas las hipótesis de divergencias entre las apariencias (documentos, contratos, formalidades, denominaciones, etc.) y la realidad (1998, p. 340)⁷.

En vista a que la investigación se circunscribe a las desnaturalizaciones ya sea por la práctica, el devenir en la prestación de las obligaciones o por encubrimiento de la realidad, importa detenernos en las normas relativas a la presunción de laboralidad, expresión del principio protector. Desde que fue expedida en el año 1991, la LPCL dispone en su hoy artículo 4 que:

En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Esta es una presunción *iuris et de iure* o que no admite prueba en contrario. En realidad, no es una presunción, dado que siempre que se presenten los tres elementos habrá una relación de trabajo. Está, en realidad, caracterizándola. En cambio, donde sí hay una verdadera presunción de laboralidad —esto es, “ que da por cierta determinada afirmación (la presencia de todos los elementos necesarios para la existencia de un contrato de trabajo), a partir de la demostración de otra (la prestación de un servicio en beneficio de otro)” (Sanguineti Raymond, 2007, p. 327)— es en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, la que establece en el artículo 23 inciso 2 lo siguiente:

Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

Esta, como su propio enunciado lo dice, es una presunción *iuris tantum* y, como presunción que es, determina la forma en la que debe valorarse los hechos acreditados:

⁶ Siendo estrictos, en realidad, estamos hablando del descubrimiento de la relación de trabajo más que del contrato, esto es, el vínculo dentro del cual se efectúan las prestaciones, sea cual fuere su origen. De esta manera, si se cumplen con los elementos que la configuran, se considerará que esta existe, más allá del acuerdo de voluntades pactado formalmente (Barajas Montes de Oca, 1990, pp. 7–9).

⁷ Este principio tiene su par en el derecho tributario. El Código Tributario señala en la Norma XVI del Título Preliminar, denominada “calificación, elusión de normas tributarias y simulación” que “para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios”.

deberá ser la autonomía de la prestación la que requiera ser probada y no al revés. Esto determina su diferencia con una regla de carga de la prueba, la que opera en defecto de la prueba y en desmedro de quien tenía el peso de hacerlo; aquí la presunción ingresa desde el inicio del análisis, definiendo que será lo laboral lo que es reconocido en primera instancia. Nuevamente, estamos ante una manifestación del principio protector. Cabe decir que esta regulación de una presunción de laboralidad la encontramos como parte de las exhortaciones que desarrolla la Recomendación 198 sobre relación de trabajo a la que antes hicimos referencia.

2. EL EMPLEO PÚBLICO PERUANO EN FAVOR DEL INTERÉS GENERAL

Hasta este momento hemos desarrollado el fundamento y bases principales que fundamentan la protección del trabajo subordinado, así como de aquellos principios neurálgicos para analizar el problema de investigación. Pero, así como existen intereses y valores tutelables por el ordenamiento para la persona trabajadora, también hay otros para el caso de las relaciones de empleo público, que, como se verá, responden a la protección del interés público porque su proyección es en la sociedad misma.

2.1 Formas de vinculación y prestación de servicios a la Administración pública

Las normas que regulan el ejercicio de las funciones públicas por parte del cuerpo de empleados del Estado no parten del mismo origen que el derecho del trabajo, sino de la burocracia responsable del ejercicio de tales funciones públicas. Hay quienes señalan que las relaciones que regula no son de subordinación, sino de sujeción a la Administración pública. Esto es, los empleados públicos, en sentido estricto, orientan su actuación por los principios de obediencia y jerarquía, de forma tal que más que ajustar la actuación al jefe inmediato, se dice que este debe ser al ordenamiento jurídico (Boyer Carrera, 2019). No obstante, la realidad actual del ordenamiento peruano, y de otros, constituye al trabajador en un sujeto de derechos con posiciones jurídicas que lo distinguen del de un administrado que se vincula con la Administración pública, conforme se verá en los regímenes vigentes en las siguientes líneas. En el día a día la obediencia a las instrucciones del superior a la que están sujetos los empleados públicos está presente en todo tipo de organización productiva, lo que sucede es que, en la función pública, la disciplina adquiere un carácter especial y más intenso, sobre todo en los cuerpos policiales y militares (Sánchez Morón, 2011, Capítulo 10).

Esta referencia a la función pública es propia de cada ordenamiento jurídico. En opinión del autor español Sánchez Morón, desde la lectura de su ordenamiento jurídico, la función pública⁸ se refiere al conjunto de empleados públicos que ingresan a prestar servicios al Estado mediante un nombramiento y bajo un régimen especial de derecho administrativo cuyas condiciones de empleo no se establecen en un contrato sino que están detalladas por normas objetivas, leyes y reglamentos que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente; es por esto que se le llama estatutaria y a este grupo de empleados se les denomina funcionarios públicos, quienes ingresan a prestar servicios a través del concurso público, en un régimen de estabilidad plena y con la

⁸ En otro sentido, la expresión función pública también puede ser entendida como equivalente de potestad pública, esto es, aquella que comprende a las funciones administrativa, legislativa, jurisdiccional y gubernativa. Véase el sentido usado por Guzmán Napurí (2013, pp. 17–28).

proyección de ascender en una línea de carrera. Pero en los últimos tiempos, se ha producido un proceso de laboralización del empleo público en dos vías: por un lado, el estatuto de los funcionarios públicos, de la función pública, ha sido penetrado por instituciones laborales como la relativa a derechos colectivos; jornada y horario; y seguridad y salud en el trabajo convirtiendo al funcionario en un trabajador y que participa del conflicto laboral tanto como lo haría uno que labora en una empresa privada; y, por otro lado, en forma adicional a la vinculación estatutaria y administrativa, se ha habilitado la posibilidad de prestación de servicios mediante un contrato de trabajo (2011, pp. 18–20) De esta manera, la noción de función pública quedaría acotada dentro de la de empleo público.

Nuestra Constitución regula a la función pública en su Capítulo IV del Título I sin hacer mención a la calidad de la regulación que deba dársele. En el artículo 39 se establece que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”. Esta expresión está presente en otras leyes vigentes con similar tenor. El Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, señala que “los servidores públicos están al servicio de la Nación” (artículo 3); y la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público que “todo empleado público está al servicio de la Nación” (artículo 2). Con estas frases se pretende enfatizar que el empleado público tiene como “norte” el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales. No debe perderse de vista que el empleador no es “la nación”, sino un sujeto dotado de subjetividad propia y con una organización específica, un sujeto público formalizado —la Administración pública como desarrollaré a mayor detalle en el punto 2.2— y no su base socio-política —la ciudadanía o la nación— (Monereo Pérez & Molina Navarrete, 2008, p. 149). Con mejor criterio se expresa la propia Ley Marco del Empleo Público cuando señala que la ley “regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la Administración pública y un empleado público” y también la Ley 30057, Ley del Servicio Civil al señalar que su objeto es “establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado”.

Hecha esa precisión, y continuando con el análisis de la regulación constitucional sobre la función pública, el artículo 40 dispone 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 (...) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

La Constitución refiere (1) que hay funcionarios, trabajadores y servidores públicos, (2) que existe un régimen llamado de carrera administrativa al que no pertenecen funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza y (3) que los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta no pertenecen a la función pública. La Constitución no es técnica en la utilización de las nomenclaturas por lo que de los términos usados no podría sacarse conclusiones sobre aquello que está detrás de los términos funcionario, trabajador y servidor; será la ley la que entre a distinguir cada uno de ellos. Sin embargo, lo que sí se desprende de los artículos citados es que al interior de la función pública existiría un régimen especial, un espacio acotado, llamado de carrera administrativa, al que no pertenecerían los

funcionarios de más alto rango ni quienes hayan sido libremente designados y que vendría a ser regulado por la ley. Y, finalmente, el género función pública no englobaría a los trabajadores de empresas estatales o sociedades de economía mixta.

El Tribunal Constitucional ha interpretado estas disposiciones constitucionales a lo largo de su jurisprudencia. En la STC EXP 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, señaló que:

Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales (f. j. 52) (subrayado agregado).

Esta idea de función pública en sentido amplio es reforzada en la STC 5057-2013-PA/TC en la que se anota que “la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado” (f. j. 8, parte final). Siguiendo esa línea argumental en la STC 00029-2018-PI/TC se afirma que “no toda persona que realiza o se vincula a la función pública se encuentra en la carrera administrativa” (f. j. 11). Por consiguiente, tal y como lo ha entendido el último intérprete de nuestra Constitución, existiría correspondencia entre la noción de empleo público y de función pública.

Vale agregar, para mayor abundamiento que, en la STC EXP 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, antes citada, se ha declarado que la función pública se clasifica en (i) representativa cuando se refiere a los cargos o funciones de representación política y que se encuentran directamente relacionados con el ejercicio del derecho a ser elegido (artículo 31 de la Constitución) y (ii) no representativa o profesionalizada, cuando es ejercida por todos los servidores públicos de los diversos niveles de la Administración del Estado (central, regional y local), de los poderes del Estado y toda institución pública en general (f. j. 51).

Sobre esto un par de consideraciones. Primero, según el artículo 40 de la Constitución no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, pero el Tribunal Constitucional ha establecido que ello no los exime del cumplimiento de los deberes y responsabilidades que corresponda según el marco constitucional y legal (STC EXP 00029-2018-PI/TC, f. j. 6). Segundo, a la clasificación expuesta, Kenny Díaz considera que la función pública representativa puede ser directa —voto popular— o delegada hacia funcionarios de libre designación que forman parte del sistema de confianza política —caso de los ministros de Estado—; asimismo, entre la función pública representativa y la no representativa estaría el sistema de confianza política al que forman parte los empleados o servidores de confianza que no ingresan por concurso

público, pero tampoco ejercen cargos como funcionarios públicos con origen representativo (2019, pp. 219–220).

Actualmente, existen diferentes regímenes generales de prestación de servicios a la Administración pública: dos generales con carrera administrativa, que son las reguladas por el Decreto Legislativo 276 y la Ley 30057; y dos generales sin carrera administrativa, por un lado el Decreto Legislativo 728 —concebido para las relaciones de trabajo privadas— y por el otro el Decreto Legislativo 1057.

Frente a esta multiplicidad de normas fue emitida la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175 que estableció lineamientos generales orientados a obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención de las personas (artículo I). Esta norma al definir su ámbito de aplicación recurre a una redacción típicamente laboral: “La presente Ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión del empleo público”. En tal virtud, es de aplicación a todos los regímenes de vinculación de empleados públicos con la Administración pública⁹, salvo el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú. Lo importante de esta norma es que recoge principios propios del empleo público como los de legalidad, modernidad, imparcialidad, transparencia y rendición de cuentas, eficiencia, probidad y ética pública, mérito y capacidad, preservación de la continuidad de políticas de Estado y provisión presupuestaria; pero, además, recoge expresamente los principios del derecho laboral de igualdad de oportunidades sin discriminación, la irrenunciabilidad, la interpretación más favorable en caso de duda —sin mención al protector o de primacía de la realidad—, advirtiéndose que “en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio” (artículo IV)¹⁰.

La constitucionalidad de esta norma fue confirmada en la STC 00008-2005-PI/TC del 12 de agosto de 2005 y, lo que es más, el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República para que con carácter prioritario y urgente apruebe, en la

⁹ Esta norma clasifica al personal del empleo público, independientemente de su régimen de vinculación, de la siguiente forma:

- 1) Funcionario público: desarrolla funciones de preeminencia política. Puede ser (a) de elección popular, (b) de nombramiento y remoción regulados o (c) de libre nombramiento y remoción.
- 2) Empleado de confianza: desempeña un cargo de confianza técnico o político distinto al del funcionario público, encontrándose en el entorno de quien lo designa o remueve libremente.
- 3) Servidor público que puede ser:
 - 3.1) Directivo superior: desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, supervisión de empleados públicos, elaboración de políticas y colaboración en la formulación de políticas de gobierno
 - 3.2) Ejecutivo: desarrolla funciones administrativas —autoridad, atribuciones resolutorias, fe pública, asesoría legal, supervisión, fiscalización, auditoría.
 - 3.3) Especialista: realiza labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa.
 - 3.4.) De apoyo: desarrolla labores auxiliares de apoyo o complemento

¹⁰ Para un estudio de los principios del empleo público peruano se recomienda revisar la Historia del Empleo Público Peruano de Kenny Díaz Roncal (2019, Capítulo 1 y 5).

presente legislatura las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración pública.

2.1.1 De los regímenes con carrera administrativa

Como se ha advertido, para el ordenamiento jurídico peruano, al interior de la noción de función pública existirían empleados públicos pertenecientes a la carrera administrativa y otros que no.

La organización de la Administración pública se ha forjado a partir del modelo burocrático centralizado “forjado por Napoleón y teorizado sustancialmente por Weber”. Se basa en los principios de división del trabajo, con asignación de competencias específicas a cada órgano, estructura jerarquizada de la organización, con una línea de mando por niveles, uniformidad de las reglas de comportamiento de todas las unidades organizativas y profesionalidad del personal seleccionado sobre la base de su competencia técnica al que se le asigna las garantías de seguridad y estabilidad en su empleo. Este modelo, semejante al creado por Taylor —llamado “de la máquina”— hunde sus raíces en el modelo de organización militar napoleónico, profesional y profundamente jerarquizado (Coscolluela Montaner, 2014, pp. 141–142).

Estas consideraciones están más presentes en los regímenes con carrera administrativa que en cualquier otro régimen de vinculación con el Estado. Al respecto, “no todos los servidores públicos están en la carrera administrativa, pero quienes están en carrera son servidores públicos” (Boyer Carrera, 2019, p. 26).

La carrera del servidor público es una compensación a su identificación permanente con el Estado; su nota característica es, de un lado, la permanencia en la función pública y, del otro, el derecho de ascenso gradual y progresión económica y social por su antigüedad, sus méritos o ambos. Este entendido como un premio o recompensa; un estímulo al perfeccionamiento por el esfuerzo. Este incentivo tiene el propósito de ser una relación *win-win* porque, a cambio, la Administración Pública cuenta con personal capacitado. Para que funcione, entonces, es menester que la legislación sea clara en las posibilidades reales de ascender en virtud de la capacidad y el esfuerzo individual. Como prototipo de este sistema tenemos la carrera militar (Sánchez Morón, 2011, Capítulo 6).

En principio, este sistema de progresión debería ser predicable de todo tipo de trabajo, de acuerdo con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual señala a la letra que: “(Los) Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) c. 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 servicios. El Tribunal Constitucional también lo ha entendido así en la STC EXP 04331-2008-PA/TC al señalar que:

El derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones tiene su fundamento constitucional en el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona (artículo 22) y en el principio-derecho de igualdad de

trato y de oportunidades en la relación laboral (artículo 26). Mediante este derecho se trata de 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, contribuyéndose de este modo a la realización y al desarrollo del trabajador y a la configuración del trabajo decente (f. j. 8).

Frente a esta aparente “identidad”, debe advertirse que el derecho al ascenso sería uno de carácter programático y de desarrollo progresivo; toda vez que le exige al empleador que tome en cuenta en su organización la posibilidad de ascenso de los trabajadores, lo que dependerá de la estructura y tamaño de la empresa. En cambio, la progresión en los regímenes de carrera es un presupuesto necesario para ser considerado como tal; sin progresión no hay carrera. Esta debe estar plenamente establecida para que se proyecte su real sentido. Según explica Miguel Sánchez Morón, esta fórmula de acceder a otro puesto o categoría en la función pública no debe ser ni mecánica a través de criterios puramente formales como una determinada cantidad de tiempo o la adquisición de diplomas o titulaciones (que favorece la rutina) ni puramente discrecional a la merced del superior, sino que debe fundarse en criterios objetivos de mérito y capacidad que permitan promocionar a los más capaces y motivados (2011, Capítulo 6).

El régimen de carrera tiene reconocimiento expreso en el artículo 40 de la Constitución peruana: “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”. La Constitución es clara por cuanto los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza no ingresan a la función pública mediante un concurso público de méritos como se exige para acceder a régimen de carrera.

La carrera administrativa es un bien constitucional que corresponde ser regulada por el legislador democrático en su ingreso, derechos, deberes y responsabilidades (STC EXP 00029-2018-PI/TC, f. j. 16). Con respecto a su naturaleza, el Tribunal Constitucional señala:

(Su) reconocimiento busca establecer el estatuto jurídico en el que se desarrollen los aspectos medulares del servicio civil relacionados con los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito, a fin de que las entidades alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad; y por otro, preservar a los servidores públicos al margen de la injerencia política o de otra análoga, a fin de garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución y los valores derivados de ella (STC EXP 0025-2013-PI/TC f. j. 80).

Actualmente, en el ordenamiento jurídico peruano se mantienen vigentes dos regímenes generales de carrera administrativa —que corren en paralelo a las carreras especiales, como las de jueces, fiscales, militares y policías, entre otras—. Estas son aquellas reguladas por el Decreto Legislativo 276 y la Ley 30057. Algunas breves referencias necesarias a ellos se realizarán en las siguientes líneas.

A. El régimen de Ley de Bases de la Carrera Administrativa

Este régimen de 1982, según su propio artículo 1, tiene por propósito garantizar la permanencia de los servidores públicos —expresión utilizada para referir a los empleados públicos regulados por ella—, asegurar su desarrollo y promover realización personal en el desempeño del servicio público y, señala, la carrera regulada se expresa en una estructura que ubica a tales servidores según sus calificaciones y méritos.

Con esta primera aproximación se recogen todos los elementos de la carrera administrativa: reconocimiento del mérito, permanencia en el empleo y posibilidad de crecimiento y promoción. De esta manera, pertenecen a dicha estructura los siguientes grupos ocupacionales:

- a) El grupo profesional: ocho niveles superiores (servidores con título profesional o grado académico)
- b) El grupo técnico: diez niveles comprendidos entre el tercero y el decimosegundo (formación superior o universitaria incompleta)
- c) El grupo auxiliar: siete niveles inferiores (instrucción secundaria y experiencia para labores de apoyo)

Para formar parte de estos grupos no basta el título, diploma capacitación o experiencia, sino es indispensable haber postulado expresamente para el ingreso mediante el concurso de admisión. La norma expresa que el ingreso se realiza por el nivel inicial de cada grupo ocupacional.

Para el ascenso se requiere también concurso público al nivel inmediato superior. Es de cargo de la entidad establecer programas de capacitación para cada nivel de carrera y de acuerdo con las especialidades, como medio para mejorar el servicio público e impulsar el ascenso del servidor.

Por su parte, entre los derechos a relevar de los servidores públicos de carrera están los de hacer carrera pública, valga la redundancia, en base al mérito y gozar de estabilidad, de modo que no pueden ser cesados ni destituidos sino por causa prevista en la ley y según un procedimiento previamente establecido. Con ello, las garantías propias de una carrera administrativa están garantizadas. Así también se reconocen derechos típicamente laborales como vacaciones, licencias y los colectivos de sindicación. Cabe resaltar que expresamente se recoge la garantía de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos.

A la par de los servidores designados de carrera, el decreto legislativo reguló la figura de la contratación de servidores para la realización de labores administrativas de naturaleza permanente que no podía renovarse por más de tres años consecutivos, vencido el plazo podían ingresar a la carrera previa evaluación favorable y siempre que exista plaza vacante, lo que no sucedía cuando los servicios eran de carácter accidental o temporal. De entrada, resulta discutible desde el punto de vista del derecho a la igualdad que se permita la contratación temporal de servidores para labores de naturaleza permanente; ello carece de causalidad alguna. Esta situación derivó en la expedición de la Ley 24041 de 1984 —a los dos años de expedido el decreto legislativo— por la que se reconocía el derecho a la estabilidad a aquellos servidores

contratados de naturaleza permanente que tengan más de un año ininterrumpido. Estos trabajadores gozaban del derecho a mantener su empleo, pero no formaban parte de régimen de progresión que caracteriza a la carrera administrativa.

B. El régimen de la Ley del Servicio Civil

La Ley 30057, publicada en 2013, fue expedida con el propósito de constituirse en el régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como de quienes están encargadas de su gestión, el ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas (artículo I). Sin embargo, tal propósito no ha resultado efectivo y, según la información estadística vigente, solo el 0.1 % de los empleados públicos están sujetos a esta regulación. El trámite es engorroso y exige una doble incorporación al régimen: de la entidad y del empleado público. El proceso comienza luego que la entidad pública cuenta con una resolución de inicio de tránsito, después de la cual deberá cumplir con un conjunto de procedimientos y requisitos en cuatro pasos. El último de ellos es la implementación del nuevo régimen del servicio civil a través de la realización de concursos públicos de méritos para cubrir las plazas adscritas a esta ley; para los servidores con vínculo vigente con la Administración pública, el tránsito es facultativo, de manera que pueden decidir no trasladarse al nuevo régimen, de forma que mantienen sus derechos pero no se adscribirán al régimen de carrera (Díaz Roncal, 2019, pp. 235–239).

Esta ley distingue la clasificación de servidores civiles —categoría utilizada— en los siguientes grupos (artículos 2 y 3):

- a) Funcionario público: representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de Gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad. Puede ser (a) de elección popular, (b) de designación o remoción regulada o (c) de libre designación y remoción.
- b) Directivo público: desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de una dependencia.
- c) Servidor civil de carrera: realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas (misionales) o de administración interna de la entidad.
- d) Servidor de actividades complementarias: realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones del servidor civil de carrera.

En cualquiera de estos grupos puede determinarse la existencia de plazas relativas a puestos de confianza.

Los directivos públicos, servidores civiles de carrera y servidores de actividades complementarias ingresan mediante proceso de selección. Además, se prevé la gestión de la capacitación de los servidores civiles en formación laboral (cursos, talleres, seminarios) y profesional (obtención de un grado académico). Como parte de la gestión del personal, se regula la evaluación permanente del desempeño mediante un proceso obligatorio, integral, sistemático y continuo de apreciación objetiva y demostrable del cumplimiento de los objetivos y funciones del puesto.

Entre los derechos individuales transversales de los servidores civiles, se recogen muchos de los regulados en el régimen de la actividad privada, como a una jornada de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales; descanso semanal; permisos y licencias; aguinaldos equivalentes a una remuneración (gratificaciones), compensación por tiempo de servicios y a la reposición o indemnización frente a una destitución declarada nula o injustificada.

Para el caso de los servidores civiles de carrera, se contempla que se incorporen por un periodo indeterminado, previo concurso público de méritos abierto —puede postular cualquier persona si cumple con el perfil— o transversal —solo pueden postular servidores civiles de carrera que cumplan con el perfil—. A diferencia del régimen del Decreto Legislativo 276, la progresión permite acceder a un puesto superior dentro de una misma familia de puestos o también a uno superior o inferior en otra familia de puestos, incluso se prevé que la progresión ocurra hasta en dos niveles superiores al nivel en que se encuentre el servidor civil. Como ya puede advertirse, la carrera no comprende a los funcionarios, los directivos públicos, los servidores de confianza, los servidores de servicios complementarios ni los contratados temporalmente.

La regulación sobre derechos colectivos que incorporaba esta ley fue derogada por imperio de la Ley 31188, Ley de Negociación Colectiva del Sector Estatal, que regula el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales compatibilizándolo con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú y lo señalado en el Convenio 98 y en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo.

2.1.2 De los regímenes sin carrera administrativa

Desde los años ochenta, las empresas estatales estuvieron sujetas al régimen laboral de la actividad privada, lo que fue reconocido por el propio Decreto Legislativo 276 en su quinta disposición final. Y es a mediados de la década de los noventa que una serie de entidades públicas migraron hacia dicho régimen, en principio aquellas que eran totalmente nuevas o que habían sido reconstituidas, pero también otras paradigmáticamente públicas como el Poder Legislativo y Judicial (Abanto Revilla & Paitán Martínez, 2017, p. 91).

Estas entidades a las que les aplica el régimen de la actividad privada, se rigen por el Decreto Legislativo 728 que es el general aplicable a las empresas privadas en el Perú. Como puede fácilmente advertirse, no cuenta con una regulación acondicionada para el empleo público: no regula el concurso público —es por otras normas, como la Ley Marco del Empleo Público por las que este requisito es igualmente exigido—, regula un periodo de prueba inicial, no tiene un régimen de inamovilidad y claramente no incorpora un sistema de carrera progresiva para ir ascendiendo y acceder a un determinado puesto que, como el Decreto Legislativo 276, exige iniciar en el nivel inferior. Su atractivo está justamente en la flexibilidad que ofrece y en el amplio catálogo de beneficios sociales que incorpora y que, actualmente, son recogidos en la Ley del Servicio Civil como parte de los derechos concedidos a los servidores civiles.

Por otra parte, se tiene el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS), que es regulado por el Decreto Legislativo 1057. Como se ha señalado en la parte inicial

de esta investigación —estado de la cuestión—, respondió a la necesidad de resolver el problema de las personas vinculadas con el Estado mediante la figura de los servicios no personales (locación de servicios), pero que en la práctica realizaban labores subordinadas. Como tal, en la actualidad recoge los derechos de jornada y tiempo de servicios máximos que la Constitución reconoce, incorpora los beneficios de vacaciones por 30 días y licencias y los derechos laborales colectivos. Desde como fue configurado, no establece la incorporación de un sistema de carrera administrativa y, en sus inicios, tampoco reconocía el derecho a la estabilidad laboral, siendo en esencia temporales, pero en virtud de la Ley 31131 se les ha reconocido a los “trabajadores CAS” que sus vínculos sean indefinidos.

Por interpretación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), puede haber contratos CAS tiempo indefinido y a plazo determinado, según las funciones que le encomiende al servidor público y si estas son permanentes o duraderas o no. En los capítulos 2 y 3, se ahondará más sobre este aspecto

2.1.3 La provisión de servicios a través de figuras civiles

La Administración pública puede proveerse de servicios a través de la actividad de contratación estatal. Esta es regulada mediante la Ley de Contrataciones del Estado que incorpora un conjunto de métodos de contratación. Estas figuras están pensadas, como no puede ser de otra manera, para la prestación de servicios u obras autónomas; esto es, alejadas de los preceptos del derecho laboral y las reglas del empleo público.

Sin embargo, existen figuras límite que son aquellas que pueden terminar desnaturalizándose y encubriendo verdaderas relaciones de subordinación. Nos referimos al contrato de prestación de servicios y, dentro de él, principalmente, a la locación de servicios. De un lado, tenemos a los regímenes de vinculación a través del Convenio de administración con el PNUD¹¹, el Fondo de Apoyo Gerencial (FAG) y el grupo del Personal Altamente Calificado (PAC).

El FAG fue creado mediante Decreto Ley 25650, el cual estaba destinado a “compensar adecuadamente el asesoramiento calificado que se brinde a las diferentes reparticiones del Estado”. Las personas contratadas por dicha norma no pueden tener vínculo laboral con alguna entidad o empresa del estado, ni encontrarse de licencia o en uso de vacaciones. El objetivo es financiar los gastos para la contratación temporal de servicios profesionales calificados. Por su parte, la contratación mediante el programa PNUD se da mediante un convenio de administración que ofrece una modalidad de contratación a través de un organismo internacional. Y, finalmente, los PAC fueron instituidos mediante la Ley 29806, Ley que regula la Contratación de Personal Altamente Calificado en el Sector Público; estos profesionales son contratados para “ocupar puestos en las entidades públicas del Poder Ejecutivo, bajo los principios de mérito y transparencia”. La propia Ley del Servicio Civil determinó en su Disposición Complementaria Transitoria Novena que las personas contratadas por estos regímenes podían cubrir los puestos directivos de las entidades públicas hasta la implementación del régimen del Servicio Civil.

¹¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Sobre las personas contratadas bajo la modalidad FAG o PNUD, se ha emitido el informe técnico 262-2010-SERVIR/GPGSC en el cual se señaló la situación bajo la cual debían ser considerados servidores públicos:

Tradicionalmente, se entendía que la calidad de funcionario público se encontraba basada en la existencia de un vínculo laboral o estatutario con el Estado, derivándose de ese vínculo una serie de derechos, deberes y prohibiciones aplicables a quienes ostentan aquella condición.

Esta visión se ha visto atemperada con la existencia, legalmente admitida, de diversas situaciones en que la incorporación de personas al servicio del Estado para el ejercicio de función pública, se produce mediante formas no laborales ni estatutarias, como pueden ser las contrataciones realizadas a través del FAG o el PNUD.

En tales casos, importa distinguir, esencialmente, dos situaciones:

- la de quienes son contratados para desempeñar encargos específicos y de manera autónoma, y
- la de quienes son contratados para ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de alguna entidad.

Aun cuando la materia requiere siempre un análisis caso por caso, puede señalarse en líneas generales, que en el primer supuesto, la autonomía con que el contratado realiza las labores objeto de la contratación y el carácter específico de las mismas, determina que dicha persona no asuma la condición de funcionario o servidor pública. No ocurre lo mismo en el segundo supuesto, en el que las labores ejecutadas suponen el desempeño de función pública, y como tal, determinan la configuración de una relación funcional con el Estado.

De otro lado, se tiene que, mediante la propia Ley de contrataciones del Estado están excluidos de su regulación —y, por ende, de las figuras que dispone— las contrataciones cuyos montos sean menores a ocho unidades impositivas tributarias (UIT)¹², quedando reguladas por las propias normas de la entidad y el Código Civil. Estos locadores de servicio son los que muchas veces terminan siendo desnaturalizados, dado que cumplen labores propiamente subordinadas, cuyas consecuencias legales y jurisprudenciales se verá en el siguiente capítulo, por lo que han venido a ocupar el lugar en el que se encontraban los “servicios no personales” y que se pretendió conjurar con el régimen del contrato administrativo de servicios.

2.2 El acceso al servicio civil: meritocracia e idoneidad y la cautela del presupuesto público

Referirnos al trabajo subordinado prestado al Estado es una expresión genérica y poco precisa. En realidad, este es prestado a una faz del Estado, una manifestación de él: la Administración pública. Conceptualizarla no es tarea sencilla. Exige la realización de un ejercicio de abstracción para delimitarla dentro de la noción del Estado. Si revisamos la

¹² Por Decreto de Urgencia 016-2022 se ha habilitado a que la exclusión sea hasta las 9 UIT (artículo 3).

referencia normativa, artículo I de la Ley del Procedimiento Administrativo General, nos encontramos con que es una entidad de la Administración pública el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, los organismos constitucionalmente autónomos y toda aquella otra entidad o persona jurídica que ejerza potestades administrativas o función administrativa —¿entonces es todo el Estado e incluso algunas personas jurídicas no estatales?—. Como se señaló, Estado y Administración pública no son sinónimos. En realidad, lo que está evocando la ley es que las entidades antes descritas o bien son Administración pública de suyo (Poder Ejecutivo y gobiernos subnacionales) o bien tienen la potencialidad de actuar como Administración pública bajo un determinado contexto, el cual es ejercer la función administrativa (v. gr. Poder Legislativo y Poder Judicial) (Abruña Puyol, 2010, pp. 35–69).

Nos explicamos: como es verdad de Perogrullo, el Estado tiene a su cargo el ejercicio de las funciones legislativa, judicial y ejecutiva, según la teoría clásica del derecho político. Tradicionalmente, estas han sido asignadas cada una de ellas a un determinado “poder del Estado”: poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo¹³, respectivamente. Sin embargo, la realidad es más compleja que ello. Por cuanto, cada de uno de estos poderes bien puede ejecutar materialmente alguna de las otras funciones. Si estas están referidas a la función principal para la cual han sido instituidos, entonces será regulado por el derecho propio de dicha función; empero, cuando alguno de sus órganos ejecuten funciones identificables con la función administrativa estarán actuando como Administración pública y se regularán por el derecho administrativo como en materia de funcionarios¹⁴, bienes y contratos (Abruña Puyol, 2010, p. 52 y 165–171).

Esta tesis es negada por autores como Eduardo García de Enterría y Tomas-Ramón Fernández, quienes reconocen que existen organizaciones específicas de apoyo a órganos constitucionales que sirven para dotarles de autonomía, caso del Poder Judicial que es administrado por el Consejo General del Poder Judicial español y no por el Ministerio de Justicia de dicho país. Empero tales actos no son propiamente actos administrativos dado que no son imputables a la organización personificada que es la Administración general del Estado, sino órganos que se han configurado “con una más o menos perfecta (nunca total en el aspecto financiero, por la unidad presupuestaria y de caja) separación de la misma”. Por ello, señalan que pretender ver en ellas una ruptura del criterio que identifica a la Administración con organizaciones públicas personalizadas es una justificación de la posición que propugna la personalidad jurídica global del Estado —que ellos niegan y solo atribuyen a la Administración pública—; además, las funciones de apoyo “cuasiadministrativas” son insignificantes —señalan— y están limitadas a la gestión de personal y a aspectos patrimoniales que vinculan a terceros, por lo que resulta vano tipificarlo como “función administrativa” del Estado en sentido material. Además, niegan que puedan tener una personificación jurídica independiente de cada uno de los órganos a los que sirven (García de Enterría & Fernández, 1999, pp. 34–35). Lo que debemos tener presente es que la seductora y fundamentada posición que pueden defender estos autores, no se corresponde con lo regulado por nuestra norma positiva.

¹³ Cabe señalar que a este “poder del Estado” también se le atribuye otra función que no es confundible con la administrativa, esto es, la gubernativa que tiene que ver con el ejercicio de funciones constitucionales específicas como, por ejemplo, las vinculadas a las relaciones entre poderes (García de Enterría & Fernández, 1999, pp. 32–33)

¹⁴ Sobre el tema de funcionarios debe repararse en el cuestionamiento a si dicha rama es regulada única e íntegramente por el derecho administrativo o si es una “rama del derecho específica”. El dato legislativo nos dice que, para el Perú, ello no ocurre en muchas situaciones.

La Administración pública tiene como razón de ser el servicio de la comunidad y el interés público. Esta es ciertamente una obligación que tiene todo el Estado en su conjunto. Nuestra Constitución utiliza diferentes fórmulas, que bien pueden tener sus matices, pero que en última instancia responden a la tutela de lo colectivo: interés general (art. 21), interés social (art. 28 y primera disposición final y transitoria), interés nacional (art. 47), interés público (arts. 60, 95 y 195) e interés de los consumidores y usuarios (art. 65). Asimismo, proscribiremos la representación de intereses subalternos con las fórmulas: no representar intereses particulares (art. 86), intereses propios o de terceros (art. 126) y no incurrir en conflicto de intereses (art. 156). Esta idea es reforzada, en lo que respecta a la Administración pública, por la Ley del Procedimiento Administrativo General que señala que aquella sirve a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general (artículo III). Este interés tiene la función de legitimar la actuación política en diversas formas y le concede una serie de prerrogativas a la Administración pública, a cambio de una serie de sujeciones y restricciones —con son las de actuar con sujeción a la Constitución y la ley y con razonabilidad y proporcionalidad—; en un sentido amplio es la propia finalidad del Estado, el criterio que otorga validez a la actuación administrativa (Gabardo & Correa de Moura Rezende, 2017, pp. 269–270, 289–290, 309–310).

En consecuencia, aquello que es finalidad del Estado es lo que las constituciones definen como valores constitucionales superiores. En el caso de la Constitución Política del Perú, son deberes primordiales (a) la defensa de la soberanía nacional; (b) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; (c) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y (d) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo de integral y equilibrado de la nación (artículo 44), aunque no se agotan en estos, pues la norma fundamental recoge en otros extremos de ella otros intereses merecedores de tutela.

Según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, “el interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos, por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa (...) Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, merita o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social” (STC EXP. 03283-2003-AA/TC, f. j. 11 y 33). Según explica Jorge Danós los intereses sociales son también sinónimo de interés público o general, dado que hace referencia a las aspiraciones de la comunidad o de la sociedad en su conjunto (2018, p. 100), aunque el Tribunal Constitucional ha señalado que el interés social “se utiliza como medida tuitiva a favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de la vida”, mientras que el interés público “hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto” (STC EXP 00008-2005-PI/TC, f. j. 42).

Acorde con la investigación de Gabardo que seguimos, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia administrativa comparadas reconocen la supremacía del interés público sobre el privado; aunque existe una doctrina minoritaria que niega tal

consideración que —indica— se explicaría por formar parte de aquella mentalidad antiestatista contemporánea. Sin perjuicio de ello, esto no debe llevarnos a creer que el principio de supremacía del interés público siempre deba prevalecer, porque no es el único criterio de decisión, siempre habrá otros intereses y principios en juicio con los que será ponderado; es simplemente un punto de partida (2017, Capítulos 103–104, 105–106).

Todo esto sirva para dejar en claro que es dentro de este contexto que se inserta la relación de trabajo subordinado al servicio de la Administración pública. Existe detrás un conjunto de elementos que no están presente en su par del mundo de las relaciones privadas en los que están en juego dos intereses individuales (del trabajador y del empleador) sobre los que el ordenamiento jurídico determinará cuál deberá prevalecer y ser merecedor de tutela y quedará, por tanto, en una mejor posición y de mayor valía sobre el otro que quedará subordinado (Nicolò, 2005, pp. 103–107). En el caso del derecho del trabajo, el sistema jurídico, privilegiando la tutela del trabajo decente por sobre el interés de generar rédito a través de la actividad económica del empresario, ha concedido un conjunto de pisos mínimos y garantías (como las del derecho colectivo) sobre las que no podrá ingresar en desmedro el interés del empleador; no queda anulado este pues es igualmente valioso para el orden constitucional, pero termina siendo amaestrado o domesticado. Sobre las causas, me remito a las consideraciones que determinaron el surgimiento del derecho del trabajo expuestas en el punto anterior. Ahora bien, el reto está en definir si tales elementos que también se encuentran en las relaciones de empleo público —aquellos relativos a la del trabajador subordinado, ciertamente, porque los de lucro, libertad empresarial o libre iniciativa privada no son en estricto predicables para el Estado— y a las que se le agrega el ingrediente adicional del interés público a la ecuación, se les debe aplicar consecuencias y protecciones semejantes, porque queda claro que tutela debe haber.

Respecto de la función pública, la Constitución peruana recoge estas ideas cuando en el artículo 39 dispone que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”. Este principio o valor, señala el Tribunal Constitucional, determina que los servidores, sean civiles, militares o policías, estén obligados a la cautela de los deberes primordiales del Estado. Así, —remarca— la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a la ciudadanía, “con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático y los valores de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública”. De esta manera, siguiendo la línea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵, el alto tribunal, anota que nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho impone la obligación a todos los servidores a “que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima” (STC EXP 00008-2005-PI/TC, f. j. 14, 15 y 16).

¹⁵ En la sentencia se refiere que es el caso Ahmed y otros vs. El Reino Unido, sentencia del 2 de setiembre de 1998.

A fin de cautelar este interés público es que se ha recogido un conjunto de principios en las normas de empleo público, entre los que destacaré los de meritocracia y de equilibrio y provisión presupuestal para resguardar el presupuesto público.

2.2.1 *Los principios meritocrático y de acceso en condiciones de igualdad a la función pública*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 25 inciso c que todos los ciudadanos gozarán sin ninguna distinción ni restricción indebida del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Al respecto, según la Observación General 25 del Comité de los Derechos Humanos CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7, del 12 de julio de 1996, “para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos”. Además que podrán adoptarse medidas afirmativas “para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin que todos los ciudadanos tengan igual acceso”. Asimismo, se agrega que “si el acceso a la Administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política” (párr. 23)

Por su parte, con similares términos, la Convención Americana de Derechos Humanos regula en el artículo 23 inciso 1 literal c) que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y oportunidad de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Sobre este particular, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos humanos, haciendo suyas las referencias antes señaladas del Comité de los Derechos Humanos, señalando que tal artículo:

No establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en “condiciones generales de igualdad”. Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos”²²¹ y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho (Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 206)¹⁶.

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha interpretado que el acceso a la función pública no comprende el derecho ingresar sin más al ejercicio de la función pública, sino de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado; es una manifestación del *status activae civitatis*; pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política (STC EXP 0025-PI/TC y 0026-PI/TC, f. j. 42 y 46). En otra sentencia, resaltando el interés público que está detrás de las relaciones de empleo pública, se ha advertido que el ingreso mediante un concurso público y abierto significa contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, eficiente y con calidad en

¹⁶ Esto ha sido reiterado en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 138; y caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 135.

los diversos servicios que el Estado presta a la sociedad; en esa medida, la exigencia es que la persona escogida mediante un concurso riguroso es que sea idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, dado que repercutirá en beneficio para la población (STC EXP 5057-2013-PA/TC, f. j. 13).

Como parte del derecho de acceso, se señala, que tiene un principio consustancial que es el de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general; es un principio que compele positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a la función pública se observe irrestrictamente (STC EXP 03891-2011-PA/TC). Propio del derecho de acceso es que exista una regulación, un conjunto de requisitos para obtener el puesto, el que puede ser delimitado —restringido señala el tribunal— por requisitos subjetivos de admisión como la capacidad laboral de la persona aspirante y requisitos objetivos de admisión que aparecen como razones obligatorias de interés público. Estas restricciones, como toda intervención pública, debe fijarse en respeto de los derechos fundamentales (STC EXP 0025-PI/TC y 0026-PI/TC, f. j. 47 y 48). Así también, se ha dicho que este principio está presente en todo el momento de la relación entre servidor y Administración pública: el acceso se dará a los puestos mediante concursos competitivos, la permanencia estará condicionada al buen desempeño y el ascenso también estará regido por concursos de méritos (STC EXP 5057-2013-PA/TC, f. j. 12)

Vinculado con el principio de meritocrático es el de igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública —como se ha detallado en las normas internacionales, ambos van de la mano—; se distinguen en que tutelan un bien jurídico distinto: la eficiencia de la Administración pública a través de personal idóneo, de un lado, y el respeto del derecho a la igualdad del ciudadano, del otro (Díaz Roncal, 2019, p. 248). Sobre el acceso a la función pública en igualdad de oportunidades, el Tribunal Constitucional ha reconocido que, si bien no está recogido en el catálogo de derechos expresamente recogidos en la Constitución, se desprende del derecho internacional de los derechos humanos (STC EXP 5057-2013-PA/TC f. j. 8, e). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que la exigencia de un concurso público deberá ser realizada mediante un procedimiento abierto y democrático, que permita una verdadera igualdad de oportunidades, de forma que las personas sean evaluadas según los aspectos necesarios para el cargo respectivo, como las capacidades académicas, experiencias profesionales, entre otros (Casación 12271-2017-Lambayeque, c. 5).

A nivel normativo, existen diferentes disposiciones nacionales que regulan el principio meritocrático y el de igualdad de oportunidades:

Disposición normativa	Regulación
Decreto Legislativo 276, Ley de Carrera Administrativa	<p>Artículo 4. La Carrera Administrativa es permanente y se rige por los principios de:</p> <p>a) <u>Igualdad de oportunidades</u></p> <p>Artículo 12. Son requisitos para el ingreso a la Carrera Administrativa: (...)</p> <p>d) Presentarse y ser aprobado en el <u>concurso de admisión</u>; y</p>
	Artículo IV.- Principios

Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público	<p>Son principios que rigen el empleo público: (...)</p> <p>7. Principio de mérito y capacidad. - El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el <u>mérito y capacidad</u> de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio.</p> <p>Artículo 5: El acceso al empleo público se realiza mediante <u>concurso público de méritos</u>.</p>
Decreto Legislativo 1023 que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil	<p>Artículo III.- El servicio civil se rige por <u>principios de mérito</u>. La evaluación del mérito incluye los criterios de rendimiento y compromiso con el servicio a la ciudadanía.</p> <p>Artículo IV.- El ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al <u>principio del mérito</u>.</p>
Decreto Legislativo 1057 que regula el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios	<p>Artículo 1.- Finalidad</p> <p>La presente norma regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los <u>principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades</u> y profesionalismo de la administración pública.</p> <p>Artículo 8.- Concurso público</p> <p>El acceso al régimen de Contratación Administrativa de Servicios se realiza obligatoriamente mediante <u>concurso público</u>.</p> <p>La convocatoria se realiza a través del portal institucional de la entidad convocante, en el Servicio Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y en el Portal del Estado Peruano, sin perjuicio de utilizarse, a criterio de la entidad convocante, otros medios de información". (*) <i>Artículo incorporado por el artículo 3 de la Ley 29849, publicada el 6 de abril de 2012.</i></p>
Ley 30057, Ley del Servicio Civil	<p>Artículo III. Principios de la Ley del Servicio Civil</p> <p>Son principios de la Ley del Servicio Civil: (...)</p> <p>c) Igualdad de oportunidades. Las reglas del Servicio Civil son generales, impersonales, objetivas, públicas y previamente determinadas, sin discriminación alguna por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.</p> <p>d) Mérito. El régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles.</p>

El método por antonomasia para cumplir con tales principios es el concurso público de méritos. Al respecto, la Autoridad Nacional del Servicio Civil ha señalado que el “el acceso al servicio civil, indistintamente del régimen al que se vincule el servidor (Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo 728 o Decreto Legislativo 1057), se realiza necesariamente por concurso público y abierto, en base a los méritos y en un régimen de igualdad de oportunidades” (Informe Técnico 271-2015-SERVIR/GPGSC)

¿Cómo deben ser estos concursos? Mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva 61-2010-SERVIR/PE se estableció en el artículo 4 que todo proceso de selección que realicen las entidades públicas —haciendo especial énfasis a que se incluía al régimen de la contratación administrativa de servicios— debía considerar cuatro etapas como mínimo: (a) evaluación curricular, (b) evaluación técnica, (c) evaluación psicológica, (d) entrevista. Curiosamente se disciplinó que para los gobiernos regionales y locales la exigencia de la evaluación psicológica correspondía según la evaluación de sus autoridades. Este artículo fue modificado por Resolución de Presidencia Ejecutiva 107-1011-SERVIR/PE para determinar que para la contratación administrativa de servicios solo era obligatoria la etapa de evaluación curricular y la entrevista, y opcional los otros mecanismos de evaluación. Posteriormente, el mencionado artículo 4 fue nuevamente modificado por Resolución de Presidencia Ejecutiva 330-2017-SERVIR-PE; se indicó que la evaluación es de conocimientos o habilidades técnicas y se retiró la exigencia de la evaluación psicológica volviéndola opcional para todos los casos y, por regla general, que sus puntajes son referenciales sin otorgar puntaje.

Vinculado con la el principio-derecho de igualdad de oportunidades es el de las medidas afirmativas. El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que el derecho a la igualdad no significa siempre y en todos los casos un tratamiento legal uniforme, sino tratar igual a los iguales y distinto a los que son distintos, en tanto que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo encuentran barreras en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades; tal razón —señala el tribunal— hace que el trato diferenciado no sea contrario a la Constitución (STC EXP 00016-2002-AI/TC, f. j. 11). Este el caso de la Ley 29973, Ley General de Persona con Discapacidad, que concede a este grupo de personas una bonificación del 15% sobre el puntaje final obtenido en la etapa de evaluación en todo concurso público de méritos.

Las acciones afirmativas o discriminación inversa —se afirma— intervienen cuando un grupo tiene desventaja de algún tipo, frente a otro grupo en el acceso a medios fundamentalmente, por lo que la autoridad puede tomar medidas correctivas en favor de quienes tienen la desventaja a fin de que se erijan en igualdad de medios y oportunidades con el grupo que les lleva la ventaja. Esta medida opera sobre las desigualdades en los medios, en la lógica que todos deberíamos participar en igualdad básica de condiciones dentro de la vida social. Entonces, si un grupo no tiene acceso a determinados bienes, servicios o posibilidades, entonces no está en igualdad de condiciones con el que sí tiene acceso. En cambio, no podría operar sobre los resultados porque se estaría privando a los más esforzados, dotados de lo que obtienen con su esfuerzo y cualidades. En suma, la acción afirmativa está orientada a que todos tengan las mismas oportunidades hasta donde sea posible (Rubio Correa et al., 2010, pp. 147–149). En cuanto a las condiciones para su implementación el Tribunal Constitucional ha señalado, además, que se parte por reconocer la existencia de sucesos temporal y espacialmente localizados que hace que operen de una determinada manera que no ocurra con otros; además que la diferenciación debe propender a una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica basada en una justificación objetiva y

razonable, según juicios de valor generalmente aceptados (STC EXP 00261-2003-AA/TC f. j. 3.3).

Es preciso señalar que hay voces que se manifiestan en contra de depender de las acciones afirmativas, puesto que su uso generalizado podría afectar la imagen de quienes son favorecidos, socavar el incentivo para el desarrollo de sus capacidades competitivas, conllevar a un trato condescendiente hacia los trabajadores favorecidos con pautas más bajas derivando en un menor desempeño. De esta manera, se propone incidir en medidas para fomentar el desempeño antes que en otorgar preferencias, tomando en serio la realidad de la diferencia transformándola, en lugar de esquivar el hecho fijando niveles diferentes (Loury, 1997).

2.2.2 *Los principios de equilibrio y provisión presupuestal*

Otros principios de central importancia son los vinculados a la cautela del presupuesto público. La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso, señala la Constitución en su artículo 77. El proyecto que año a año envía el presidente de la República al parlamento “debe estar efectivamente equilibrado”, dispone el artículo 78. Con esta previsión queda consagrado el principio de equilibrio presupuestal. Ahora bien, es el Decreto Legislativo 1440, en su artículo 2, que lo define en los siguientes términos: “consiste en que el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente”.

Según se explica, la doctrina del presupuesto equilibrado es un dogma de la ortodoxia fiscal que propone la fijación de límites a la capacidad de decisión política en materia fiscal y presupuestaria (Restrepo citado por Kresalja Rosselló & Ochoa Cardich, 2020b, p. 337). En palabras del Tribunal Constitucional “el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país (STC EXP 0004-2004-CC/TC f. j. 9.9). En otras palabras, lo que busca garantizar este principio es que los egresos tengan financiamiento, para lo que se debe haber previsto en el presupuesto público el equilibrio entre la evolución de los ingresos y los recursos a asignar para la implementación de las políticas públicas.

Este principio está estrechamente vinculado a las acciones de gestión del personal en el sector público y ha sido recogido por las leyes que las regulan bajo la fórmula del principio de provisión presupuestaria.

Disposición normativa	Regulación
Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público	<p>Artículo IV.- Principios</p> <p>Son principios que rigen el empleo público: (...)</p> <p>10. Principio de provisión presupuestaria. - Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.</p>
	Artículo III. Principios de la Ley del Servicio Civil

Ley 30057, Ley del Servicio Civil	<p>Son principios de la Ley del Servicio Civil: (...)</p> <p>e) Provisión presupuestaria. Todo acto relativo al sistema del Servicio Civil está supeditado a la disponibilidad presupuestal, el cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como a estar previamente autorizado y presupuestado.</p>
-----------------------------------	--

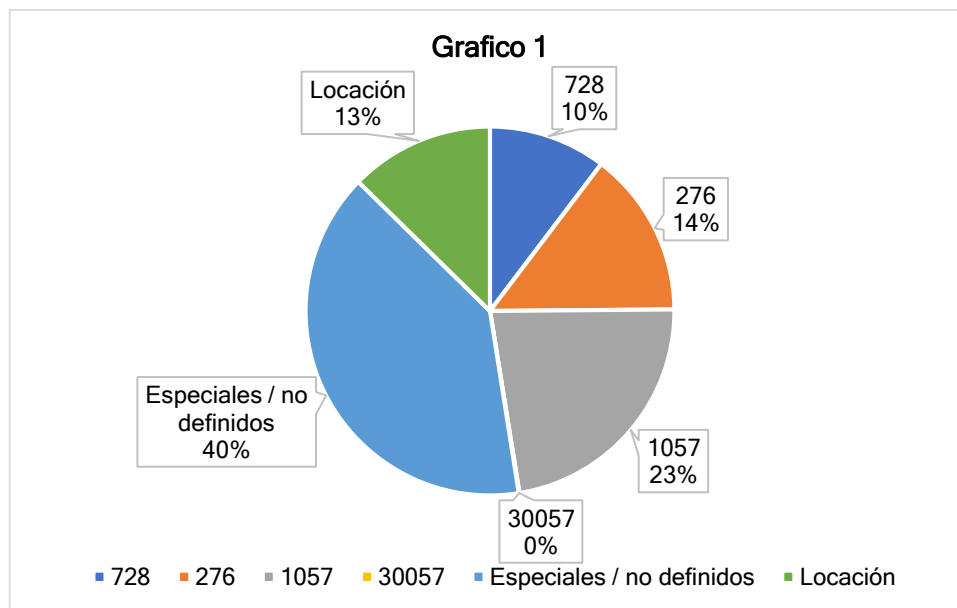
En opinión de Kenny Díaz en estricto no son lo mismo. El principio de equilibrio financiero y el principio de provisión presupuestal están referidos a momentos distintos: el primero se enmarca a la etapa de determinación o asignación del presupuesto a cada pliego y el segundo cuando el presupuesto ya ha sido asignado (2019, p. 228). Lo importante es retener la idea detrás de estos principios: está prohibido el gasto sin financiamiento, así toda acción referida al empleo público debe estar supeditada a disponibilidad presupuestal. La ejecución de gasto público es una actividad esencial que se realiza bajo responsabilidad funcional, por lo que requiere se establezcan medidas para su uso correcto como lo es la concordancia entre el presupuesto programado y su ejecución (STC EXP. 00003-2013-PI/TC y acumulados, f. j. 32).

2.3 Información estadística sobre la situación del empleo público peruano

Concluyo este primer capítulo mostrando algunas estadísticas que evidencian la estructura del empleo público peruano. Así, de acuerdo con información a diciembre de 2021 de las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la participación de personas al servicio del Estado se divide de la siguiente forma:

Tabla 1 Participación de personas al servicio del Estado – diciembre 2021		
Régimen	Cantidad	Porcentaje
728 (actividad privada)	184,590.00	10.3
276 (carrera administrativa)	260,347.00	14.6
1057 (contrato adm. de servicios)	403,879.00	22.6
30057 (servicio civil)	1,113.00	0.1
Especiales / no definidos	712,908.00	39.8
Total laboral	1,562,837.00	87.3
Locación de servicios	226,404.00	12.7
Total general	1,789,241.00	100.0

Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo 2021
Elaboración propia



Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo 2021
Elaboración propia

De la información estadística presentada, puede advertirse que la cantidad de personas que prestan servicios en la modalidad de locación de servicios (contrato civil de trabajo autónomo por cuenta ajena no subordinado) representa el 12.7 % del total. Estos son los trabajadores que potencialmente podrían tener una relación jurídica desnaturalizada, es decir, veladamente subordinada.

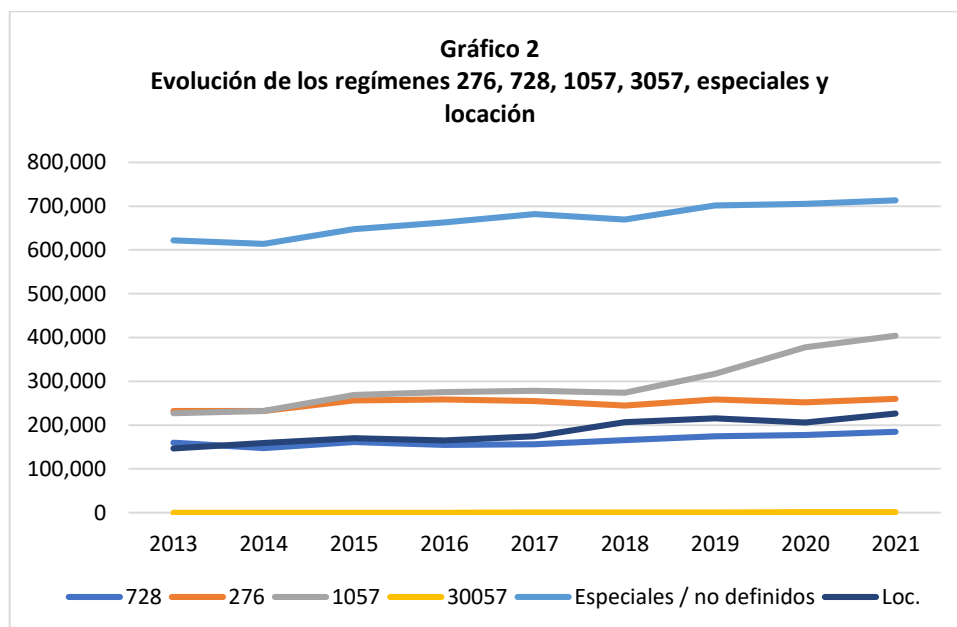
Ahora bien, si miramos el panorama más amplio, se advierte con mayor énfasis cómo ha ido en aumento este grupo de prestadores de servicios en mayor medida que los regímenes con estabilidad plena. Veamos la evolución que se ha tenido en el periodo 2013-2021:

Régimen	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
728	159,795	147,164	161,419	154,872	156,374	165,590	174,573	177,704	184,590
276	232,538	232,338	256,414	258,570	254,756	244,389	258,491	252,152	260,347
1057	227,195	232,273	268,825	275,140	278,420	274,238	317,160	377,552	403,879
30057	0	0	0	67	112	195	496	910	1,113
Especiales / no definidos	622,214	614,160	647,232	663,011	681,529	669,459	701,332	705,581	712,908
Total laboral	1,241,742	1,225,935	1,333,890	1,351,660	1,371,191	1,353,871	1,452,052	1,515,919	1,564,858
Locación	146,661	159,435	170,018	165,059	174,684	206,541	215,481	206,217	226,404
Total general	1,388,403	1,385,370	1,503,908	1,516,719	1,545,875	1,560,412	1,667,533	1,722,136	1,791,262

Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo 2013-2021
Elaboración propia

En estas estadísticas se muestra el comparativo de la cantidad de personal a diciembre en cada uno de los años. En el siguiente gráfico se evidencia la línea de evolución que han tenido los regímenes generales que agrupan la mayor cantidad de

servidores: los de los decretos 276, 728, 1057, en comparación con las personas contratadas por locación de servicios.



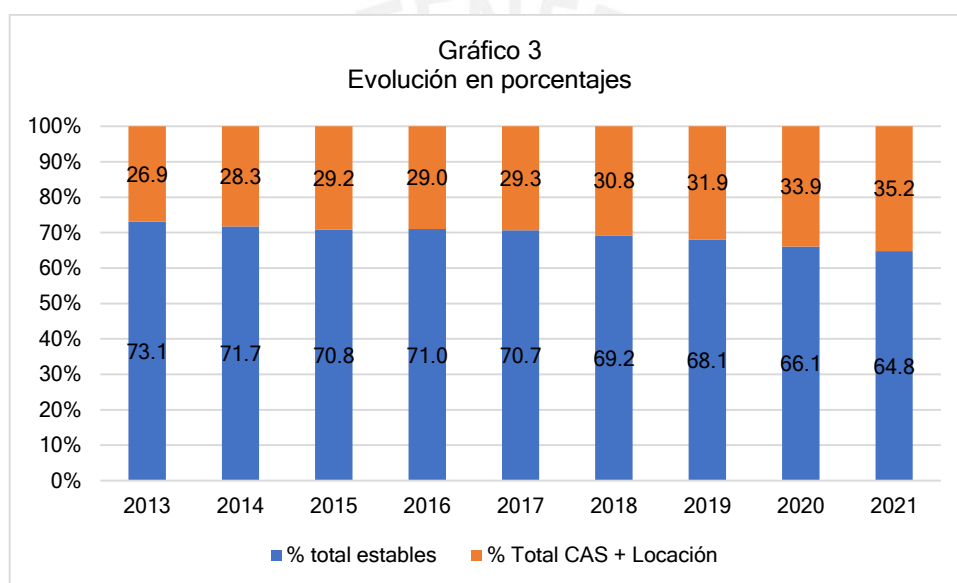
Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo 2013-2021
Elaboración propia

La cantidad total de prestadores de trabajo autónomo o subordinado al Estado en el periodo descrito aumentó en un 29 %. Este incremento no se ha visto reflejado en los regímenes de personal a tiempo indeterminado; los del régimen 276 aumentaron en 11.9 % y los del 728, en un 15.5 %. En cambio, aquellos sujetos al régimen 1057 aumentaron en 77.8 %, mientras que aquellas personas que sujetas a un contrato de locación de servicios lo hicieron en un 54.3 %. El régimen del servicio civil aun se encuentra en una etapa muy embrionaria al representar menos del 0.1 % de todo el conjunto de prestadores que brindan servicios, subordinados o no, al Estado.

Esto se observa de mejor forma en el siguiente cuadro en el que se compara la evolución del personal sujeto a los regímenes 276, 728 y 30057 y especiales que son los que corresponde al personal “nombrado” de las entidades públicas en contraposición con la evolución del régimen 1075 que nació con derechos recortados y sin estabilidad laboral y las locaciones de servicios.

Tabla 3		
Año	Total de planta	Total CAS + Locación
2013	1,014,547	373,856
2014	993,662	391,708
2015	1,065,065	438,843
2016	1,076,520	440,199
2017	1,092,771	453,104
2018	1,079,633	480,779
2019	1,134,892	532,641
2020	1,136,347	583,769
2021	1,158,958	630,283

Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo 2013-2021
Elaboración propia



Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo 2013-2021
Elaboración propia

En suma, como se advierte, las personas sujetas al régimen 1057 y que se vinculan mediante locación de servicios han pasado de representar el 26.9 % a significar el 35.2 % —incremento de 8.3 puntos porcentuales— de toda la fuerza de trabajo del sector público (incluyendo quienes trabajan en forma subordinada como los autónomos).

CAPÍTULO 2

LA DESNATURALIZACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO: LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN PERSPECTIVA COMPARADA

1. CUESTIÓN PREVIA: LA TUTELA FRENTE AL TÉRMINO DE LA RELACIÓN DESNATURALIZADA EN EL SECTOR PRIVADO

En el punto 1.2 del capítulo 1 hemos visto cómo el ordenamiento jurídico peruano reputa como relación laboral indeterminada aquellas que (i) habiendo nacido como civiles, no lo son en la realidad y (ii) siendo laborales o formativas —intrínsecamente subordinadas—, están sujetas a reglas especiales —contratación temporal, intermediación, tercerización, prácticas, etc.— que son incumplidas. En este punto, abordaremos una situación semejante, pero con un matiz: la relación desnaturalizada es puesta a término por el empleador amparándose en las figuras propias del ordenamiento jurídico defraudado: término final del plazo y despido *ad nutum*. Algunas ideas expuestas en este apartado están nuestro Informe Jurídico sobre la sentencia Lagos del Campo vs. Perú (2021)

En esta naturaleza de casos lo que corresponde, al acudirse a la vía jurisdiccional, es pedir el reconocimiento de la relación indeterminada, ya sea como *causa petendi* del petitorio reparatorio o, mejor aún, como una pretensión declarativa autónoma y primera. De esta manera, descubierta la verdadera relación jurídica, ¿cómo se tutela el derecho al trabajo que se ha perdido?

Para responder esta pregunta, es necesario introducirnos en la idea del despido incausado. Esto es, aquel que no expresa causa alguna para el término de la relación de trabajo por decisión de su empleador. En su redacción literal, la LPCL señala que: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido” (artículo 34, segundo párrafo).

Empero, la jurisprudencia constitucional le ha dotado de un contenido distinto al de la legislación a partir de la interpretación conjunta de los artículos 24 y 27 de la Constitución Política del Perú.

En términos generales “el despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador” (Arce Ortiz, 2021, p. 489). La doctrina italiana, que ha desarrollado ampliamente la teoría general de las situaciones jurídicas subjetivas, la incluye dentro de la categoría de separación unilateral o desistimiento —*recesso*— que es el acto o negocio unilateral con el cual la parte de un contrato dispone su disolución; la separación del trabajador se llama dimisión o renuncia y la del empleador despido (Roppo, 2009, pág. 505).

A decir de Rómulo Morales, el desistimiento puede venir regulado por las partes —convencional— o legislativamente, en cuyo caso se le divide en tres tipos: de liberación, para separarse de contratos indeterminados; de arrepentimiento ante un contrato ya celebrado —como sucede con las arras de retractación—; y por justa causa, justificado motivo o graves motivos —también llamado de autotutela— y, según ha desarrollado la teoría jurídica civil, se le distingue de la resolución, ya que si bien esta también

opera luego de celebrado un contrato válido, lo hace ante una disfunción, defecto, incapacidad o inidoneidad del contrato para funcionar (v. gr. excesiva onerosidad de la prestación, imposibilidad de su cumplimiento o ante su incumplimiento grave por el deudor) (2010, p. 213 y 240).

Sin embargo, la propia doctrina italiana expone que existe una estrecha semejanza entre el desistimiento por justa causa, que es el aspecto neurálgico de la estabilidad laboral, y la resolución. De forma tal que este tipo de desistimiento por justa causa debe diferenciarse de los otros tipos de desistimiento, pues aquel constituye, propiamente, un remedio extrajudicial de resolución del contrato por incumplimiento que si bien tiene regulaciones diferentes, está sujeto a los mismos principios, al exigir la gravedad del incumplimiento para proceder (Bianca, 2007, p. 765). El despido debe sustentarse en justo motivo y aplicarse frente a situaciones calificadas como graves y que tengan la suficiente entidad que ameriten esta sanción tan drástica (Arce Ortiz, 2021, p. 520)¹.

La estabilidad laboral es el derecho que ampara a los trabajadores frente a los despidos no fundados en justa causa. Javier Neves, siguiendo a Américo Plá, señala que la doctrina diferencia entre la inestabilidad, en donde se permite el derecho a despedir sin causa justa otorgando una indemnización, y el régimen de estabilidad, donde el despido solo procede por causa justa. A su vez, el régimen de estabilidad se clasifica en: (1) estabilidad laboral absoluta: cuando la violación del derecho ocasiona la ineficacia del despido y garantiza la reincorporación del trabajador y (2) estabilidad laboral relativa: cuando se protege al trabajador, pero no se le asegura su reincorporación; a su vez se descompone en: (2.a) propia cuando la violación ocasiona la ineficacia y (2.b.) impropia cuando no afecta la eficacia del despido, pero se sanciona el acto. A decir de Neves, cabe desechar la estabilidad laboral relativa impropia como una forma de estabilidad, dado que la inexistencia de causa no provoca la ineficacia, lo que es indispensable dentro de esta institución. El autor cita una doctrina española que señala que en estricto estos dos tipos de estabilidad parten de una confusión entre la causa del despido y la causa de la indemnización (1987, p. 29).

A. Caso Telefónica (STC EXP 1124-2001-AA/TC) y reposición ante el despido incausado:

Frente al despido de centenares de trabajadores de la empresa Telefónica, sustentados en el artículo 34 antes mencionado que les facultaba a pagar el precio para la desvinculación, el sindicato interpuso una demanda de amparo. El Tribunal Constitucional realizó una interpretación conjunta del derecho al trabajo (art. 22) y del derecho a la estabilidad en el trabajo (art. 27). Como señalé anteriormente, el derecho al trabajo también comprende el derecho a conservar el empleo y a no ser cesado, sino, por justa causa.

Javier Neves señala que existen dos artículos para regular lo mismo porque el constituyente de 1993 recogió lo establecido en la Constitución de 1979, cuando el derecho al trabajo solo se entendía entre nosotros solo como acceso y no como conservación y retirarlo podría haber generado conflictividad social (2015, p. 228). Desde otro punto de vista, Carlos Blancas señala que no puede interpretarse el art. 27 prescindiendo del 22, pues subsumir en la categoría *despido arbitrario* también al lesivo de derechos fundamentales, dejando —por consiguiente— la cuestión relativa a la reparación a lo que establezca la ley llevaría al art. 22 a reducirlo a su carácter programático únicamente. Por tanto, una interpretación coordinada conlleva a señalar que el art. 27 alude al despido arbitrario, que aplica cuando la causa alegada no se ajusta a la ley o no puede probarse y el 22 para todos aquellos otros despidos lesivos de derechos fundamentales (Blancas Bustamante, 2011, p. 548).

Pues bien, en la sentencia bajo comentario, el Tribunal Constitucional resaltó que:

El artículo 34º, segundo párrafo [de la LPCL], es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º,

segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional (f. j. 12).

Blancas anota que el Tribunal se acoge a la corriente jurisprudencial iniciada por la Corte Constitucional italiana (1965) y Tribunal Constitucional español (1981) que reconocieron el derecho a no ser despedido, sino, por causa justa (2011, p. 549).

Declarado inconstitucional el art. 34 de la LPCL, el Tribunal señaló que:

La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional (f. j. 12 literal c).

Al respecto, Neves comenta que, al precisarse el contenido esencial del derecho a conservar el empleo, lo hizo de manera tan cerrada, que la única reparación sería la reposición ante todo tipo de despido. Esto generó la presión de los gremios empresariales y los medios de comunicación afines, de forma tal que se emite una resolución aclaratoria (2015, p. 229) que, en realidad, la rectificó y señaló que Telefónica “ha efectuado la extinción de contratos de trabajo al amparo del artículo 34... sin motivar la causa del despido, hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional” (fundamento 2.5 literal b). De esta manera, la configuración del despido quedaría de la siguiente forma:

Despido	Pretensión	Vía
Incausado	Reposición / indemnización	Constitucional (reposición) / laboral (indemnización)
Injustificado	Indemnización	Laboral
Nulo	Reposición más indemnización	Laboral o constitucional

Fuente: (Neves Mujica, 2015, p. 229)

De esta manera, únicamente al *despido arbitrario* le serían aplicables las consideraciones sobre el régimen de estabilidad laboral que puede ser absoluta o relativa, según lo que prevea el legislador. Y, por el contrario, cuando la causa del despido no es alegada, la cuestión es constitucional e implica la lesión del derecho al trabajo (Blancas, 2011, pág. 549)¹⁷.

B. Caso Llanos Huasco (STC EXP 976-2001-AA/TC) y creación del despido fraudulento

¹⁷ Es de notar que, en la actual conformación del Tribunal Constitucional, dos de los siete magistrados no reconocen el derecho a la reposición conforme a la jurisprudencia mencionada, dado que las normas internacionales y la Constitución no hacen expresa mención a la estabilidad laboral absoluta. Véase, por ejemplo, la sentencia recaída en el EXP. 00013-2014-PI/TC.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional creó un nuevo subtipo de despido diferente del nulo, el incausado y el injustificado (arbitrario), sería el despido fraudulento, el que se produce cuando “se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales” (f. j. 15 c).

Neves señala que el Tribunal creó este despido porque había generado involuntariamente un problema ya que cuando el despido incausado era meramente ilegal se reparaba con la indemnización. Ahora, con la nueva jurisprudencia, el empleador inventaría una causa y obligaría al trabajador a seguir un proceso por despido injustificado, tras recién el cual cobraría la indemnización, eludiendo la figura del despido incausado (2015, p. 230).

Tabla 5		
Despido	Pretensión	Vía
fraudulento	Reposición / indemnización	Constitucional (reposición) / laboral (indemnización)

Fuente: (Neves, 2015, pág. 230)

C. Caso Baylón Flores (STC EXP 206-2005-PA/TC) y vías procesales para impugnar los despidos

Con el nuevo Código Procesal Constitucional, se derogó la Ley de Hábeas Corpus y Amparo que había regulado al proceso de amparo como uno alternativo y lo convirtió en una vía residual. Así, esta sentencia fijó las vías procesales, de forma tal que los despidos incausados y fraudulentos son tutelables en la vía del proceso de amparo, los injustificados en la vía laboral y los nulos, alternativamente, en el proceso laboral y el de amparo.

Y dejó la puerta abierta de poder acudir al proceso de amparo: “solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba” (f. j. 6).

Tabla 6		
Despido	Pretensión	Vía
Incausado	Reposición / indemnización	Constitucional (reposición) / laboral (indemnización)
Injustificado	Indemnización	Laboral
Fraudulento	Reposición / indemnización	Constitucional (reposición) / laboral (indemnización)
Nulo	Reposición más indemnización	Laboral o constitucional

Fuente: (Neves Mujica, 2015, p. 231)

D. I Pleno Supremo Jurisdiccional Laboral del 2012

En este pleno, se acordó que en la vía laboral ordinaria también puede demandarse la reposición ante despidos fraudulentos e incausados, y no solamente los nulos. De esta forma, la vía constitucional no es la única por la que se obtiene la tutela resarcitoria. Así, en el Tema 1, el Pleno acordó que: “Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo”.

2. LA DESNATURALIZACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

2.1 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional previa al régimen CAS

Hasta que fue expedido el régimen CAS en 2008, la única forma que tenía el Estado de incrementar la fuerza de trabajo era a través del contrato de locación de servicios, llamado modalidad de servicios no personales, en tanto que las leyes de presupuesto desde el régimen de los 90 prohibieron efectuar nombramientos de personal y celebrar nuevos contratos de personal, bajo cualquier forma o modalidad (Servir, 2012, p. 6). Sin embargo, estas personas realizaban, en los hechos, labores subordinadas. En lo sucesivo veremos algunos casos sobre este particular.

A. Caso Eduardo Chincha (STC EXP 1944-2002-AA/TC del 28 de enero de 2003)

El señor Chincha demandó el 3 de enero de 2002 al presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de Lambayeque para que se declare inaplicable el oficio múltiple por el que se cesó su contrato, y se le reponga en el cargo de técnico administrativo en la Subgerencia de Abastecimiento. El demandante alegaba que había ingresado a laborar como técnico administrativo en 1996 bajo la modalidad de servicios no personales.

Un dato importante es que se invocó como norma de cobertura la Ley 24041 de 1984 que establece en su artículo 1 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 las causas previstas el Capítulo V del Decreto Legislativo 276”.

Es importante tener en claro el ámbito de aplicación de esta norma: los servidores públicos contratados para naturaleza permanente. La norma fue expedida cuando el único régimen general aplicable para el empleo público en el Perú era el de la carrera administrativa del régimen del Decreto Legislativo 276, a que hace referencia la propia norma. Esto es, se está refiriendo a los trabajadores contratados a los que hace mención el decreto legislativo en el artículo 15.

Recordemos que en dicho régimen existen dos modalidades: los servidores públicos que ingresan a la carrera administrativa y que tienen el derecho a un vínculo indeterminado con estabilidad laboral absoluta y aquellos otros contratados cuyos contratos son renovados. La ley en cuestión, entonces, concedía el derecho a un vínculo indefinido y a la estabilidad laboral absoluta a aquellos que, sin haber ingresado a la carrera administrativa, habían desempeñado labores como contratados por más de un

año ininterrumpidamente. En consecuencia, la norma se está refiriendo a servidores públicos subordinados.

En tan virtud, el caso del señor Chinchá no es el que regula la ley: él ha ingresado mediante la modalidad de servicios no personales que, como ya se ha dicho, no es más que una locación de servicios que es un vínculo civil autónomo y no subordinado de empleo público. Es por ello que el Tribunal Constitucional, al resolver este caso, primero aplica el principio de primacía de la realidad.

Por decir lo menos, la aplicación es cuestionable dado que no analiza la realidad o los hechos, como es la naturaleza del referido principio, sino que señala que “en las copias de los contratos de servicios no personales, suscritos por el demandante para encargarse de las labores de limpieza y mantenimiento, con una jornada y horario de trabajo de lunes a viernes; con lo cual se acredita fehacientemente su relación laboral con el CTAR” (f. j. 1). La primacía de la realidad la aplica a los documentos y no a los hechos.

En virtud de ello, el tribunal señala que “se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como se manifiesta la demandada” (f. j. 3). Esta afirmación también es imprecisa. Recordemos que puede haber labores subordinadas tanto permanentes como eventuales; ello depende del tipo de prestación que realice el empleado respecto de las actividades del empleador.

La norma 24041 señala expresamente en su artículo 2 que no le aplican los beneficios de la ley a aquellas labores eventuales o accidentales de corta duración; es decir, no está afirmándose que sean subordinadas o no, solo que para que aplique el beneficio las labores deben ser permanentes y no de corta duración. Seguidamente, el tribunal expone que debió observarse el procedimiento de despido señalado el Capítulo V del Decreto Legislativo 276, en aplicación de la Ley 24041 (f. j. 4). Por tanto, resuelve declarar inaplicable el oficio múltiple que dio término a la relación y ordena la reposición en el cargo que se desempeñaba el demandante. Se entiende como contratado con el beneficio de un contrato indeterminado y con derecho a la estabilidad laboral, pero no dentro de la carrera administrativa a la cual nunca ingresó.

El caso exigía una mayor fundamentación de parte del tribunal sobre las pruebas documentales aportadas —recordemos que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria—. Lo cierto es que la argumentación del tribunal, más allá de la veracidad de las premisas, es la siguiente: la relación de servicios no personales es en realidad una laboral permanente, por primacía de la realidad, y a aquellas labores contratadas que hayan sido prestadas por más de un año ininterrumpido le es de aplicación el beneficio otorgado por Ley 24041; por lo tanto, se ha violado el derecho al trabajo y al debido proceso al no observarse el procedimiento de ley para el cese.

B. Caso Pablo Gonza Tito (STC EXP 1116-2002-AA/TC del 4 de agosto de 2003)

Esta controversia es semejante a la anterior, pero como veremos el análisis que realiza el Tribunal Constitucional, no contempla las mismas premisas.

En octubre del 2000, el recurrente interpuso una demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Surquillo, en la que solicitó se declare inaplicable el memorando de 1998 y se ordene su reposición como policía municipal. Él había mantenido un vínculo de servicios no personales con la municipalidad por más de un año entre 1997 y 1998, como policía municipal.

El tribunal en su análisis resalta que los documentos acreditan que el demandante ha prestado servicios como policía municipal durante más de un año para realizar labores propias de las de una municipalidad y, además, documentos sobre informes de inasistencias y sanciones por dicha razón. Por esta razón, a juicio de la sala que conoce el caso, ha operado la protección del artículo 1 de la Ley 24041 (f. j. 3 y 4).

Desde nuestro punto de vista, no es posible aplicar directamente la protección de la mencionada ley a un locador de servicios. Dicha norma fue prevista para servidores públicos contratados. En esa medida, debió, como en el caso anterior, primero reconocerse la existencia de un vínculo laboral para aplicar la protección.

C. Caso Juan Pacheco Oré y otros (STC EXP 0070-2004-AA/TC del 29 de abril de 2004)

Este proceso fue promovido en febrero de 2003 por los señores:

- Juan Pacheco Oré
- Juan Giraldo Bautista
- Ricardo Hernández Espinoza
- Julio Gallegos Tintaya
- Ignacio Tocto Alberca
- José Yopla Chilón

La demanda de amparo fue interpuesta contra la Municipalidad Distrital de Carabayllo a fin de que se declare la permanencia en su centro de trabajo; se alegó que la empleada los amenazaba con destituirlos. Los demandantes refirieron haber laborado en forma ininterrumpida bajo la modalidad de contratos de servicios no personales y que por haber prestado servicios en forma ininterrumpida, han adquirido la protección prevista en el artículo 1 de la Ley 24041 antes mencionada.

Al respecto, es preciso señalar, como indica la municipalidad demandada, que para el caso de los obreros municipales el régimen laboral es el de la actividad privada, según la ley 27469 de 2001, vigente al momento de la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Sobre esta consideración, el tribunal realiza una distinción. Señala, primero, que el régimen laboral no puede ser modificado de uno público a uno privado si no ha mediado aceptación expresa del trabajador, por aplicación del artículo 62 de la Constitución que regula la santidad de los contratos¹⁸ (f. j. 1). Por consiguiente, solo es

¹⁸ Sobre la aplicación del artículo 62 de la Constitución a los contratos de trabajo, se recomienda revisar el artículo de Roberto Servat Pereira de Sousa (2008), en el cual señala que considera innecesario y hasta contraproducente reconocer a nivel constitucional la inmutabilidad o intangibilidad de los contratos de trabajo, por cuanto entra en directa contradicción con las normas de orden público y de irrenunciabilidad de

de aplicación el régimen laboral de la actividad privada a aquellos que ingresaron con posterioridad a la sanción de dicha norma, esto es, la situación de los señores Gallegos Tintaya y Yopla Chilón, quienes ingresaron en 2002 y 2001 respectivamente.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional señala que a los señores Pacheco Oré, Giraldo Bautista y Hernández Espinoza le es de aplicación la protección del artículo 1 de la Ley 24041, por haberse mantenido en el régimen del Decreto Legislativo 276 al haber ingresado antes de la modificación del 2001. De esta manera, su destitución solo podía fundarse en las reglas disciplinarias de dicho régimen (f. j. 4). Por su parte, para el caso de los señores Gallegos Tintaya y Yopla Chilón debió procederse de conformidad con el procedimiento previo al despido que regula la LPCL, de lo contrario se está ante un despido incausado (f. j. 6).

En cualquier caso, a ambos grupos de servidores, les aplica el principio de primacía de la realidad, por consiguiente, sus contratos de servicios no personales se han desnaturalizado en unos de carácter laboral, según el régimen que les sea aplicable (f. j. 5). Es así que vemos cómo el efecto del principio de primacía de la realidad determinaba que el servidor público en la informalidad sea incorporarse en el régimen que de acuerdo a ley le correspondía.

Ahora bien, es preciso señalar que en una posterior sentencia — la recaída en el expediente 1780-2004-AA/TC del 17 de setiembre de 2005— el tribunal va a adoptar una posición contraria a la aquí dicha y a la ratificada en el caso que se comenta en el literal D siguiente. En ella, va a fundamentar la reposición de una obrera municipal sujeta al régimen del Decreto Legislativo 728 en la protección que concede del artículo 1 de la Ley 24041, en el entendido que esta se refiere a los servidores públicos, que lo son tanto quienes están bajo el régimen de la actividad privada como de la pública. No comparto esta posición. Rectamente entendida, se advierte que dicha ley fue expedida en un momento específico y para dar protección al régimen de los contratados del Decreto Legislativo 276; es más, por tal razón es que remite el régimen disciplinario al de dicha norma, el cual no es de aplicación al de aquellos sujetos al régimen de la actividad privada.

D. Caso Elvio Núñez Becerra (STC EXP 01162-2005-PA/TC del 20 de febrero de 2006)

Este caso, a diferencia del anterior, tiene como empleador al Poder Judicial que es una entidad sujeta al régimen laboral de la actividad privada y no al de la carrera administrativa. Debe tenerse presente que mediante Ley 26586 se dispuso que “a partir de su entrada en vigencia el personal administrativo y de auxiliares jurisdiccionales que ingrese a laborar en el Poder Judicial está comprendido dentro del régimen laboral de la actividad privada” (artículo 1).

Por ello, no es de aplicación la regulación de la Ley 24041 que es privativa del régimen de los contratados del Decreto Legislativo 276. Pues bien, en el caso bajo análisis el señor Núñez demandó la reposición en el cargo que venía desempeñando,

derechos laborales. Así pues, los contratos de trabajo, señala el autor, son de permanencia indefinida en el tiempo y su modificación obedece a fines que van más allá de la esfera individual de los sujetos laborales.

al haber sido objeto de un “despido arbitrario”, en tanto que la entidad le despidió sin expresar justa causa.

El demandante ingresó a laborar mediante la modalidad de locación de servicios. Por ello, el Tribunal Constitucional comienza analizando qué tipo de vínculo hubo entre demandante y demandado, esto es, si era realmente una relación civil o una laboral. De la documentación presentada se advirtió que, a través de un memorando, el empleador le encargó al demandante las funciones de asistente judicial, esto es, para que ejerza funciones públicas. Adicionalmente, en la modalidad de pago, esta estaba sujeta a las contribuciones de seguridad social y salud que es privativo del régimen laboral. En esa medida, se invoca el principio de primacía de la realidad para establecer que la relación era una de naturaleza laboral y no civil (f. j. 5-8). En consecuencia, el tribunal ordena la reposición del trabajador al cargo que desempeñaba o a otro de naturaleza similar.

Reparemos en que en esta sentencia el tribunal no necesita del amparo de ninguna norma adicional para determinar la reposición de un trabajador desnaturalizado. Cabe preguntarnos ¿será que en el caso Eduardo Chíncha el régimen de los contratados era temporal, salvo que se invoque la Ley 24041? ¿dependerá que en régimen de la actividad privada, según el artículo 4 del Decreto Legislativo 728, cuando se presentan los elementos de la relación de trabajo se presume que es indeterminada?

Ciertamente, el tribunal no entra a analizar por qué el vínculo debe ser indeterminado, simplemente lo da por sentado; entendemos que es por ser la regla general en el régimen de la actividad privada. El otro dato importante que nos da esta sentencia es que la reposición es la tutela natural frente al despido incausado del que fue objeto el demandante en el marco del régimen de empleo público; esto no se llega a discutir.

Con esta referencia jurisprudencial hemos visto cómo, inicialmente, el Tribunal Constitucional ha optado por la aplicación directa del principio de primacía de la realidad, indistintamente al régimen laboral aplicable a la entidad, para reconocer un vínculo laboral indeterminado, aunque con poca prolijidad ha utilizado la garantía de estabilidad laboral a la que hace referencia la Ley 24041.

2.2 La “solución” del contrato administrativo de servicios frente a los servicios no personales y su posterior laboralización

Según se expuso en la introducción, frente a la proliferación de la contratación de personas mediante los servicios no personales —locación de servicios— ante las prohibiciones de contratación de personal estable, el gobierno aprista promovió la creación del régimen CAS que reconocía ciertos derechos y que no forma parte de la carrera administrativa, según se explica en el numeral 2.1.2. del capítulo anterior. Este régimen dictaminó que los contratos de servicios no personales que fuesen renovados luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1057 sobre el régimen CAS fuesen sustituidos por este, conforme a la disposición complementaria final cuarta del decreto legislativo 1057 y la primera disposición complementaria transitoria de su reglamento aprobado por Decreto Supremo 075-2008-PCM.

Sin embargo, ello no impidió que el problema persista. De un lado, pese a que la primera disposición complementaria final del citado decreto legislativo señala expresamente que “las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios”, ello no impidió que se siguiese contratando mediante la modalidad de locación de servicios; esto, en principio, no es incompatible con el régimen de empleo público y no tendría por qué ser un problema, dado que es una figura contractual mediante la cual la Administración pública puede hacerse de los servicios que requiera a través de su actividad administrativa de contratación, sino que el problema se halla cuando las labores son las propias de una relación de subordinación sujetas a normas protectoras. La realidad es que estos contratos se han mantenido en un alto número a la par de los contratos administrativos de servicios, tal y como se aprecia en las gráficas consignadas en el numeral 2.3. del capítulo 1.

De otro lado, el problema no fue superado porque los contratos de servicios no personales, en una amplia mayoría, si es que no son todos, se encontraban desnaturalizados; eran servidores públicos ejerciendo funciones públicas sin el amparo de la ley. La desnaturalización no puede ser subsanada por una futura contratación porque es un defecto preexistente al nuevo acuerdo y el nuevo pacto no puede ir contra normas de orden público como es la protección del trabajo subordinado. En tal sentido, la judicatura determinó que estos trabajadores sujetos al régimen CAS que provenían de falsos contratos autónomos sean incorporados como trabajadores de planta. Según se ha señalado en el numeral 1, la demanda de reconocimiento de vínculo y del pago de los beneficios que corresponden ocurre al término de la relación, cuando el empleador ya no desea continuar con la relación contractual.

Así, se expone en la Casación 07-2010 de La Libertad el caso de la demandante que prestó servicios a la Municipalidad Distrital de Casa Grande bajo dos modalidades contractuales; primero del 3 de enero de 2008 hasta el 15 de diciembre de 2008 mediante locación de servicios y, luego, del 1 de enero de 2009 al 30 de diciembre de 2010 bajo un contrato administrativo de servicios, el cual, se entiende, no fue renovado. La demandante pretendía la reposición porque sostenía que había laborado en los hechos como una obrera municipal. En segunda instancia fue amparada la demanda. En casación, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema señala que “existe una prohibición expresa de novar una relación laboral a tiempo indeterminado —en caso esté fehacientemente acreditada— por otra que otorgue derechos menores a los reconocidos por la primera”. El recurso de casación interpuesto por la municipalidad fue declarado infundado, al estimar la sala suprema, en concordancia con la superior, que previo al contrato administrativo de servicios existía una relación a plazo indeterminado regida por el principio de continuidad.

Cuando el pedido de reposición fundado en la desnaturalización del vínculo era demandado en la vía del proceso constitucional de amparo, el Tribunal Constitucional fijó una posición en la sentencia recaída en el expediente 03818-2009-PA/TC. En ella, se señaló que cuando las partes acuerden suscribir un contrato administrativo de servicios la desnaturalización prácticamente quedaba convalidada, dado que la

constitucionalidad del régimen del D. Leg. 1057 había sido convalidada —vía sentencia recaída en el expediente 00002-2010-PI/TC—:

Resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un periodo independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Por tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del contrato administrativo de servicios

No compartimos esta línea jurisprudencial; los derechos laborales son irrenunciables y suscribir un contrato administrativo de servicios que, entonces, era temporal significaba una renuncia al derecho a una relación de trabajo indeterminada y con beneficios adicionales de acuerdo al régimen aplicable a la entidad a la cual se prestaron labores.

Sorprendentemente, para bien, en un pronunciamiento posterior recaído en el expediente 01154-2011-PA/TC el Tribunal Constitucional revisó dicha posición. En un caso sustancialmente igual¹⁹ repuso a la trabajadora y advirtió que:

Atendiendo al carácter irrenunciable de los derechos laborales que preconiza el artículo 26 de la Constitución, resulta relevante destacar la continuidad en las labores administrativas realizadas por la demandante independientemente de la modalidad de su contratación (...) encubrieron, en realidad, una relación de naturaleza laboral y no civil por lo que la actora solo podía ser despedida por causa derivada de su conducta o capacidad laboral que lo justifique.

Otra situación problemática que puede suscitarse es que el propio contrato administrativo de servicios sea el que se desnaturalice. Es decir, no estamos ya ante una desnaturalización que precede y preexiste a la constitución de una relación bajo el régimen CAS, sino que esta misma es la que se desnaturaliza. Dado que este régimen regula actividades sustancialmente iguales a las de los otros regímenes generales, no existe posibilidad de que la desnaturalización se dé por el tipo de actividades que desempeñe el servidor público mientras esté bajo la cobertura del contrato administrativo de servicios. De igual forma sucede con el horario, que es el de una jornada completa. En esa medida, la forma en la que puede desvirtuarse la relación es mediante la continuación en la prestación de labores pese al término final del plazo de la relación contractual, en aquellos casos en que el contrato CAS sea temporal, que hoy en día son los menos con las recientes reformas.

Todos estos supuestos fueron abordados en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral de 2014, en el tema 2, el cual señaló lo siguiente:

TEMA N.º 2: DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS. CASOS ESPECIALES: CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS (CAS)

¹⁹ Es de destacar que estos dos pronunciamientos fueron de sala en los que coincidieron 2 de tres magistrados —Calle Hayen y Urviola Hani— y contra la misma entidad: Cofopri.

2.1. ¿En qué casos existe invalidez de los contratos administrativos de servicios?

El Pleno acordó por mayoría:

Existe invalidez de los contratos administrativos de servicios, de manera enunciativa, en los siguientes supuestos:

2.1.1. Cuando la relación contractual preexistente tiene su origen en un mandato judicial de reposición al amparo de la Ley N.º 24041, o por aplicación directa de la norma al caso concreto;

2.1.2. Cuando se verifica que previo a la suscripción del contrato CAS, el trabajador tenía una relación laboral de tiempo indeterminado por desnaturalización de la contratación modal empleada; y,

2.1.3. Cuando se verifica que previa a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicios tenía, en los hechos, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierta.

2.1.4. Si el trabajador inicia sus servicios suscribiendo contrato administrativo de servicios pero continúa prestando los mismos sin suscribir nuevo contrato CAS, no existe invalidez de los contratos administrativos de servicios suscritos; sin embargo, esta circunstancia no origina la prórroga automática del contrato CAS suscrito y se entiende que la relación laboral posterior fue o es, según sea el caso, una de naturaleza indeterminada.

Como puede advertirse, la creación del régimen regulado por el Decreto Legislativo 1057, aun con sus derechos recortados no significó una solución definitiva al problema de la informalidad laboral en el Estado.

En el posterior IV Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Laboral y Previsional de 2015, se cambió el criterio del numeral 2.1.4. y se indicó lo siguiente:

TEMA N.º 2: PRÓRROGA AUTOMÁTICA DEL CONTRATO CAS

Si el trabajador inicia sus labores al servicio del Estado mediante un contrato administrativo de servicios y luego de su vencimiento continúa laborando ¿se produce una prórroga automática del contrato de servicios en sus mismos términos?

El Pleno acordó por mayoría:

Si el trabajador ha iniciado sus labores al servicio del Estado mediante un contrato administrativo de servicios, y luego de su vencimiento continúa laborando, se produce una prórroga automática de dicho contrato en sus mismos términos y por el mismo plazo.

Con este nuevo criterio se sigue a la letra lo que dice artículo 5.2. del reglamento aprobado por Decreto Supremo 075-2008-PCM. No compartimos este nuevo criterio por convalidar el yerro de quien tiene en su poder el control de la duración del vínculo, que

es la entidad empleadora. Volveremos sobre este punto en el acápite 2.1. del capítulo siguiente.

- *¿Desnaturalización o invalidez?*

Este tema merece algunos comentarios porque desde el inicio hemos utilizado la palabra desnaturalización indistintamente para la prestación de servicios y al contrato administrativo de servicios fraudulentos. Sin embargo, somos conscientes que en al analizarse el segundo tema en el informe que precede al acuerdo del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral se indica que, para referirse a los vicios intrínsecos que se presentan en un contrato administrativo de servicios, se debe usar el término invalidez y no desnaturalización, que es de uso en el derecho laboral, porque el Decreto Legislativo 1057 no contempla la desnaturalización. En cambio, la noción de invalidez proviene de la teoría general del derecho y del derecho civil, aunque su utilización en el derecho laboral no implica declarar que un contrato no surte efectos, sino que debe aplicarse la legislación que regula el régimen pertinente. No compartimos esta afirmación.

Efectivamente, la referencia a la desnaturalización la encontramos en ciertas normas laborales, como las que se referencian en el último párrafo del numeral 1.2. del capítulo anterior. En todas ellas, la idea que está detrás es que una determinada relación jurídica no va a ser entendida de la forma “X” —de duración determinada, en el marco de una intermediación laboral o como modalidad formativa, etc.— sino como una relación de trabajo plena de duración indeterminada, ya sea porque no se respetaron las formalidades al momento de la celebración del contrato o porque en el devenir de la relación jurídica se incumplieron exigencias de la ley como es la de continuar prestando trabajo luego de terminado el vínculo. No es una categoría conceptual del derecho, sino un recurso que se utiliza para entender que algo está desvirtuado, alterado en sus propiedades.

Pero que no esté referenciada para otras situaciones no significa que no pueda utilizarse para dar cuenta que una determinada relación jurídica ha dejado de ser como se le concibió. No existe norma alguna que se refiera a la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, de obra o de locación de servicios y en toda jurisprudencia en que se pretenda el reconocimiento de una relación de trabajo a tiempo indeterminado por cumplirse elementos que la instituyen se le hace referencia. Es un término de uso en el derecho del trabajo sí, pero eso no quita que pueda utilizarse, por la fuerza explicativa que tiene, para las relaciones de empleo público.

Pero la principal razón de nuestra discrepancia es que desnaturalización e invalidez son conceptos que se refieren a cuestiones distintas y a momentos diferentes. Para empezar, es necesario distinguir el contrato de la relación jurídica, el acto jurídico de su efecto. Como bien describe el artículo 140 del Código Civil: “el acto jurídico es la libre manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”. El contrato, en los casos que estamos analizando, crea una relación jurídica que es la que contempla el conjunto de situaciones o posiciones jurídicas de las partes. Manuel de la Puente lo explica en los siguientes párrafos:

El contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

Lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida. Por ejemplo, en un contrato de compraventa lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble materia del contrato, no es éste sino la relación jurídica (obligación de transferir la propiedad del bien) creada por él (1991, pp. 49–50).

Esta distinción es importante para entender en qué consiste la noción de invalidez a la que está haciéndose referencia. Nuestro Código Civil no contempla la noción de invalidez en la regulación del Libro del Acto Jurídico, como sí lo está para el matrimonio en el Libro de Familia, pero ampliamente la doctrina la entiende como categoría conceptual que comprende a la nulidad y a la anulabilidad. No es propósito de esta investigación exponer las posiciones de la doctrina civil, por lo que sobre ese tema nos remitimos a lo trabajado por Rómulo Morales (Morales Hervias, 2010, p. 157 y ss.), Héctor Campos (2014, p. 149 y ss.) y Leysser León (L. L. Leon Hilario, 2021, p. 371 y ss.)

Pues bien, la invalidez debe ser entendida como aquel conjunto de vicios que se presentan al momento de la constitución del contrato, como lo es el incumplimiento de una formalidad debida o de requisitos establecidos en la ley y que determinan su nulidad o anulabilidad.

Distinto es que, pese a que el contrato esté mal celebrado, se haya seguido prestando trabajo. Piénsese en el caso de un contrato sujeto a modalidad que se celebró verbalmente pero que nunca se ejecutó ¿acaso hay un contrato a plazo indeterminado? Claro que no, en estricto cabría decir que es un contrato inexistente porque no se manifestó el acuerdo de voluntades según la formalidad de la ley o, como prefiere nuestro Código Civil, nulo por no revestir la forma prescrita. Pero, en cualquier caso, no podrá hablarse de una desnaturalización porque “en el plano de la realidad”, “en los hechos”, “materialmente”, no se hay ninguna prestación personal de servicios, subordinada y retribuida.

Otro ejemplo, si se suscribe un convenio de prácticas preprofesionales sin el concierto del centro de estudios, este es inválido, y si el falso practicante realiza labores, entonces, se entiende que hay una desnaturalización que convierte la relación en una laboral a plazo indefinido. Repárese que la invalidez se ha presentado en ambos casos, pero solo hay desnaturalización cuando se presentan los tres elementos de la relación de trabajo.

Pero también puede haber desnaturalización sin que exista invalidez. Este es el caso de que la relación de duración determinada haya concluido y se siga prestando trabajo o que no se cumpla con la capacitación que se le debe dar al beneficiario de la modalidad formativa, esto es con las obligaciones que ha establecido la ley para mantener subsistente el régimen formativo especial. En estos casos no hay ningún vicio genético que preceda a la prestación personal de servicios subordinados. Entonces, lo

que debe quedar claro es que invalidez y desnaturalización son dos cosas diferentes por referirse a situaciones completamente distintas.

Veamos ahora los supuestos que entiende por invalidez el acuerdo del pleno supremo que hemos reproducido línea arriba. Convengamos en que los supuestos de los literales a), b) y c) se refieren a la situación a la cual, previo a la suscripción de un contrato CAS, existía el derecho a tener una relación de trabajo de duración indeterminada, ya sea porque se desnaturalizó una locación de servicios, porque se desnaturalizó un contrato modal o porque existía un mandato de reposición al haber ganado la estabilidad absoluta en virtud de una norma.

En estas situaciones el contrato CAS tiene por objeto regular una situación que no puede darse porque, en los hechos, ya existe una relación de subordinación de naturaleza indeterminada entre las partes. Esto es, se estaría regulando doblemente una misma situación y esto es un contrasentido. Entonces, tal contrato sí es correcto que se le califique de inválido. Sin embargo, cuando los trabajadores reclaman tutela lo hacen sobre la base de que el vínculo que han venido ejecutando no es el correcto, porque habrían ganado el derecho a que sea de naturaleza laboral indeterminada, entonces, también es cierto que el vínculo que han venido teniendo en los hechos es uno desnaturalizado porque no debería ser uno administrativo de servicios.

Por otro lado, el supuesto d) es extraño a los anteriores porque no es uno de invalidez y así lo dice expresamente, pero los coloca junto con los otros supuestos. Y no puede ser uno de invalidez porque el contrato administrativo de servicios se celebró correctamente, pero se continuó prestando trabajo luego que este concluyó.

En suma, invalidez y desnaturalización están referidos a momentos diferentes y pueden concurrir ambos o no. Invalidez se refiere a un vicio genético. Desnaturalización no es una categoría jurídica en sentido estricto, sino el término que utiliza el derecho laboral para entender que una determinada relación jurídica no puede entenderse de la forma que venía definiéndose porque se ha desvirtuado.

En el capítulo 3 se expondrá qué debe suceder frente a las relaciones subordinadas desnaturalizadas en el marco del empleo público. Esto es, una vez que se ha advertido del problema jurídico, cuál debe ser la solución que debe darle el ordenamiento y la tutela que reclama el trabajador.

2.3 La pretendida unificación de regímenes mediante un régimen único general del servicio civil

El empleo público peruano no ha estado sujeto a reglas y procedimientos uniformes. La disparidad y desorden ha sido la constante. Junto con la Ley Marco del Empleo Público debieron darse otras normas adicionales que doten de una regulación uniforme y coherente a la gestión del empleo público en el Perú, pero ello no ocurrió.

No fue sino hasta 2008 que, mediante Decreto Legislativo 1023, se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil “como organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil” (artículo 1).

Creada la autoridad rectora, el siguiente paso que debía darse, de una vez por todas, era la instauración de un régimen único que se había visto frustrado en los años anteriores. La exposición de motivos del Proyecto de Ley 01846/2012-PE, proyecto de la que es hoy la Ley del Servicio Civil, es meridianamente claro en la necesidad de esta reforma. En ella se señalan las siguientes razones:

- Falta de planificación y dirección coherentes en la gestión de los servidores públicos
- Coexistencia de distintos regímenes laborales con diferentes reglas de juego sujetas a una alta dispersión legislativa
- Restricciones legales a la contratación indeterminada que ha llevado al abuso de las contrataciones temporales (al amparo del D. Leg. 1057 y las locaciones de servicios)
- Incumplimientos al principio de mérito
- Inexistencia de progresión y ascenso, salvo medidas aisladas en ciertas entidades
- Distorsión en el sistema de remuneraciones y en la cantidad desmesurada de conceptos de pago
- Derechos y deberes diferenciados para el desarrollo de las mismas funciones
- Desmotivación del personal al promoverse una estructura deficiente de incentivos para los trabajadores públicos (D. Leg. 728 mayor nivel remunerativo que los de carrera pública del D. Leg. 276)

Esta reforma era sin precedentes a nivel nacional y latinoamericano por el número de servidores públicos —600,000— y de entidades —casi 2000— involucrados. Según los cálculos en 20 años se habría logrado la reforma con una migración de 30,000 servidores por año, previo concurso público por cada puesto (Martínez Ortiz et al., 2022)²⁰. Lamentablemente, la reforma no ha dado los frutos aún. Como se expuso en el capítulo 1, el paso a este nuevo régimen es engorroso y exige una doble incorporación: de la entidad y del empleado público; y para este es facultativo. Ello ha determinado que a diciembre de 2021 solo 1,113 trabajadores pertenezcan a él.

Según el análisis realizado por Víctor Torres Balcázar al proceso de implementación de la reforma a nivel de ministerios entre 2013 y 2016, se advirtió que el tránsito exige era de una complejidad tal que con dificultades era asumida por la ya desordenada gestión del personal en las entidades públicas, lo que determinaba que tengan que tomarse un periodo de tiempo considerable para familiarizarse con las herramientas y los procedimientos. El dinamismo, además, dependía que la toma de decisiones de su implementación esté en puestos de alta dirección. En un artículo de investigación posterior, el autor refiere que las condiciones favorables del gobierno a favor del régimen del servicio civil se habían perdido con el nuevo gobierno en 2018 (2018, pp. 172–173), con lo que el avance de la reforma se empantanó aún más.

²⁰ En la investigación citada se detallan las acciones emprendidas por Servir para impulsar la reforma del servicio civil, una tarea titánica que debía acompañarse con las funciones que día a día debía acometer.

2.4 Prohibiciones en la incorporación de trabajadores desnaturalizados: precedente Huatuco, “distinguishing” y posición del Poder Ejecutivo

Hasta el momento, se ha visto cómo desde que el Tribunal Constitucional reconoció el derecho a la reposición laboral frente a un despido sin expresión de causa en el ámbito privado, este fue aplicado sin contratiempos al régimen público. Justamente el principal supuesto de despido incausado en el marco del empleo público es el de la relación supuestamente autónoma que se ha desnaturalizado y que ya no es renovada por decisión de la entidad, lo que motiva que se pretenda la reincorporación pero como un servidor público de planta con los derechos que concede la Constitución y la ley.

En el interín ha iniciado una reforma que pretende la unificación pero que aún se mantiene en ciernes, mientras que miles de servidores ingresan vía reposición a laborar en la Administración pública. El freno vino de la mano de un precedente que varió radicalmente la jurisprudencia constitucional peruana y que mereció una respuesta igualmente fuerte de la Corte Suprema

2.4.1. El precedente Huatuco Huatuco

Rosalía Huatuco Huatuco era una trabajadora del Poder Judicial que había laborado mediante el contrato a plazo fijo de servicio específico regulados por el Decreto Legislativo 728 entre el 1 de julio de 2010 y el 15 de noviembre de 2011, fecha en la que concluyó por aplicación de una condición resolutoria que era la publicación de los resultados del proceso de selección de una plaza de secretaria judicial.

A consideración de la demandante, había prestado labores de naturaleza permanente, de manera que el término de su vínculo laboral obedecía a un despido incausado, por lo que solicitaba su reincorporación en el puesto que venía desempeñando de secretaria judicial.

Al respecto, el Tribunal Constitucional comienza por desarrollar las razones que justifican el dictado de un precedente vinculante:

- i. Se parte de la premisa de que existen casos en los que se verifica la reincorporación de exservidores con contratos temporales o civiles por una interpretación literal de la LPCL que determina que (a) ante la configuración de los elementos de la relación de trabajo se reputa una de carácter indeterminado (artículo 4) y (b) ante contratos sujetos a plazo fijo o modales que se desnaturalizan, se convierten en indeterminados (artículo 77) (f. j. 5).

No obstante, debe preverse que la Ley Marco del Empleo Público reconoce el acceso al empleo público mediante un concurso público y abierto sobre la base de los méritos y las capacidades (f. j. 6).

- ii. La función pública debe ser entendida como el desempeño de funciones en las entidades públicas del estado. En esa medida, la condición de funcionario o servidor público no se identifica con un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en tales entidades (f. j. 8.a).

- iii. La carrera administrativa es un bien constitucional que solo corresponde ser regulado por una norma con rango de ley (f. j. 8.b. y 8.c).
- iv. Existe una prohibición de deformar el régimen de los funcionarios y servidores públicos. Existe la voluntad del constituyente de crear un régimen específico (f. j. 8.d).
- v. La jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han regulado el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, sobre la base del principio de mérito (f. j. 8.e.).

Seguidamente el tribunal fija la posición interpretativa de que la incorporación a la Administración pública se realiza mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Para ello, toma en cuenta los fundamentos arriba expuestos y, además, que se viene implementando progresivamente la Ley del Servicio Civil que recoge como un principio el de meritocracia de forma que el acceso a los puestos del referido régimen se dará mediante concursos públicos competitivos, la permanencia estará condicionada al buen desempeño y el ascenso (f. j. 9-12).

Nuestra corte constitucional releva que en la jurisprudencia inmediatamente anterior a la del precedente se indicaba que, cuando se admita una demanda de reincorporación de un extrabajador del Estado es necesario prever en el presupuesto público la posible contingencia económica, con la finalidad de que la plaza que ocupaba el demandante se mantenga presupuestada para, de ser el caso, ejecutar la sentencia inmediatamente (SSTC EXP. 3470-2012-PA/TC, 00404-2013-PA/TC, 04763-2011-PA/TC, 01214-2012-PA/TC, 00276-2013-PA/TC, 04225-2012-PA/TC) (f. j. 17).

Con estas consideraciones, en los fundamentos jurídicos 18, 20, 21, 22 y 23 establece como precedente vinculante lo siguiente:

- En los casos en los que se acredite la desnaturalización de un contrato temporal o civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado porque 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.
- Las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la sentencia bajo comentario. Así, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quiénes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado, para lo que deberá proporcionarse dicha información para la Oficina de Control Interno, a fin de que se determine la responsabilidad administrativa disciplinaria y administrativa funcional, en correspondencia con lo dispuesto en la ley 27785.
- Las nuevas reglas establecidas en el precedente son de aplicación inmediata desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en Diario Oficial El Peruano.

- Cuando no corresponda la reincorporación del exservidor por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que se solicite la indemnización que corresponda según lo previsto en el artículo 38 de la LPCL.
- Todas las demandas presentadas luego de la publicación del precedente que no acrediten haber el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción a la jurisdicción ordinaria.

En primer lugar, tal y como se desprende del texto expreso del precedente, este está referido única y exclusivamente a las demandas de reposición al régimen de la actividad privada, Decreto Legislativo 728. Existe un especial celo del tribunal en citar los artículos de la LPCL que estarían siendo aplicados “mecánicamente”, deformando la función pública y contraviniendo el principio de mérito. Este hecho, como se verá más adelante, será utilizado por la Corte Suprema para la aplicación de la figura del “distinguishing”.

En segundo lugar, es de destacar que el tribunal señale que solo cabe la reposición al régimen de la actividad privada cuando medie (i) concurso público de méritos, (ii) plaza presupuestada de duración indeterminada, (iii) que esté vacante. Esto solo es posible frente a casos de despidos nulos, fraudulentos o incausados de un servidor que ya haya venido desempeñando funciones al interior del régimen mediante un contrato indefinido, que ciertamente son los menos.

La gran mayoría de servidores informales que demandan la reposición sustentan su pretensión en la desnaturalización del contrato, situación que es opuesta al ingreso por concurso público y que no responde a ninguna plaza en los instrumentos de gestión de la entidad (Correa Castro, 2016, p. 37).

2.4.2. *La figura del “distinguishing” de la Corte Suprema y el cambio de criterio del Tribunal Constitucional²¹*

El distinguishing es una técnica utilizada por los tribunales inferiores para evadir los efectos de un precedente adoptado por un tribunal superior, acreditando que hay hechos distintos en la configuración de la *ratio decidendi* respecto de los hechos del caso a ser resuelto (Monroy Gálvez, 2008, p. 117; véase también la STC EXP 3361-2004-AA/TC, f. j. 5).

Echando mano de esta técnica, la Corte Suprema del Poder Judicial²² se ha apartado del precedente Huatuco, señalando en qué supuestos no es de aplicación y, por ende, corresponde la reposición de un trabajador en la Administración pública:

²¹ Para esta sección se ha tomado de base los materiales de clase del profesor Omar Toledo Toribio del curso Derecho Constitucional Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²² Esta posición ya había sido adelantada por la Cuarta Sala Laboral del Lima en los expedientes 23195-2013, sentencia del 15 de julio de 2015; 24951-2013, sentencia del 15 de julio de 2015; 23565-2013, sentencia del 14 de julio de 2015; 24951-2013, sentencia del 15 de julio de 2015. En estos se determina

- Casación 11169-2014-La Libertad

En este caso, la demandante pretendía el reconocimiento de una relación de trabajo a tiempo indeterminado y el pago de bono por función jurisdiccional. Ella señala que había laborado bajo contrato de servicio específico, al amparo del Decreto Legislativo 728, para el Poder Judicial desde el 1 de febrero de 2007 en el cargo de auxiliar administrativo I y luego como secretaria judicial, pero que nunca se estableció en los contratos suscritos la causa objetiva determinante de la contratación ni se comunicó su suscripción a la autoridad de trabajo, conforme a ley.

En la primera y segunda instancia se le amparó su pretensión bajo el argumento que la demandada no cumplió con la presentación de los contratos de trabajo para determinar su validez y que, además, las funciones que se realizaban eran permanentes, por lo que procedía declarar la desnaturalización del contrato.

Este, como se puede advertir, es un caso de desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, que si bien no es la esencia del centro de esta investigación, más bien centrada en los contratos administrativos de servicios y los de prestación de servicios, reviste especial relevancia toda vez que es al pronunciarse la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se evalúa el ámbito de aplicación del precedente Huatuco por primera vez.

La Corte Suprema señaló en el considerando décimo sexto que dicho precedente Huatuco solo rige cuando el trabajador demanda la desnaturalización de su contrato temporal o civil y demanda la reposición, como consecuencia de la terminación de su vínculo contractual; en cambio, “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 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”. Además, también se declara que no resulta pertinente sustituir la readmisión en el empleo por el pago de una indemnización en los casos en que los servidores se encuentren sujetos al régimen del Decreto Legislativo 276 y la Ley 24041 o se trate de obreros municipales sujetos a la actividad privada.

Además, se fijó como doctrina jurisprudencial que el ingreso a la carrera pública se efectivizará obligatoriamente a través de un concurso público de méritos, siendo de pleno derecho el acto administrativo que contravenga tal criterio, bajo responsabilidad. Este criterio reitera lo ya establecido en el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público.

Al respecto, si bien es cierto que el precedente solo se pone en el supuesto en que la pretensión es la de reposición, es igualmente cierto que cuando se pretende el reconocimiento de un vínculo indeterminado se busca la creación de la plaza nueva y que no existe en los instrumentos de gestión de la entidad. Esto es, los argumentos de

que no procede el precedente Huatuco en los casos de: intermediación fraudulenta, tercerización fraudulenta, despido lesivo de derechos constitucionales y trabajadores del régimen 276 a los que les aplica el beneficio de la Ley 24041.

que para ingresar a una nueva plaza debe haberse ingresado por concurso público y para una plaza presupuestada y vacante son igualmente aplicables, sin decir con ello que estemos de acuerdo con estos. En otras palabras, el argumento de la sala suprema podría haber ahondado más en la contraposición de los principios que están en juego y no solo descartar la aplicación exacta del precedente al caso concreto y declarar solamente que ha operado la desnaturalización.

Por otro lado, respecto de la no aplicación al régimen del Decreto Legislativo 276 y la Ley 24041 no se explican las razones, aunque se intuiría que es porque tales regímenes no reconocen el pago de una indemnización. En cambio, por el lado de la situación de los obreros municipales sujetos al régimen de la actividad privada sí se exigiría mayor fundamentación del supremo tribunal.

- Casación 12475-2014-Moquegua:

Este es otro caso en que se pretende la desnaturalización de contratos modales, en el que la Corte Suprema se pronuncia con posterioridad a la sentencia de casación comentada en el punto anterior. La accionando solicitó la desnaturalización de su contrato a plazo fijo de suplencia por cuanto no se indicó en él a qué trabajador iba a reemplazar. Además, en los sucesivos contratos que suscribió se les denominó “por encargatura”, siendo la justificación la existencia de plazas presupuestales. Y, finalmente, argumento que continuó laborando sin contrato.

El juez de primera instancia declaró la desnaturalización de los contratos de trabajo por suplencia y ordenó la reposición en el cargo que venía desempeñándose, en la medida que luego del vencimiento del último contrato continuó laborando, este se desnaturalizó a un contrato a plazo indeterminado, por lo que el despido que se le aplicó era uno incausado. El colegiado de la sala mixta confirmó la sentencia apelada por la misma razón.

En sede de casación, la sala suprema estimó que las instancias precedentes no habían tomado en cuenta el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público para resolver el caso. En tal sentido, dado que el accionante no aportó prueba de que haya ingresado por concurso público declaró fundado el recurso de casación y declaró infundada la demanda.

Además, pese a que no tenía relevancia para la resolución del caso concreto, se señala, con carácter de criterio jurisdiccional, que el precedente Huatuco no es de aplicación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la pretensión demandada este 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 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 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.

Esta lista trae nuevos supuestos a los de la Casación 11169-2014-La Libertad que solo había mencionado al literal b). Además, no se menciona, sin mayor explicación, que tampoco le es aplicable el precedente Huatuco a los casos en los que el vínculo laboral se mantiene vigente, que era la *ratio decidendi* de dicho caso.

- Expediente 06681-2013-PA/TC (caso Cruz Llamas)

Luego de expedidos los criterios antes señalados, el Tribunal Constitucional realiza un viraje en el ámbito de aplicación del precedente Huatuco, el cual, como hemos visto, fue expedido a propósito de la desnaturalización de un contrato de trabajo a plazo fijo suscrito con una entidad sujeta al régimen laboral de la actividad privada. Así, a partir del caso bajo comentario, en el cual presenta una demanda un obrero municipal que había prestado servicios mediante la modalidad de locación de servicios y quien alegaba que estaban desnaturalizados, se replanteó lo señalado en el precedente. Se parte del presupuesto de que el precedente Huatuco, si bien parte de la base de un marco conceptual amplio como es la función pública, se sustenta indubitablemente en bienes jurídicos relacionados directamente con la idea de carrera administrativa (v. gr.: la carrera pública como bien constitucionalmente relevante, el principio meritocrático), y no con una noción más bien genérica de función pública.

De ahí concluye que solo es de aplicación en los siguientes supuestos: (a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente. Y (b) debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

Este cambio jurisprudencial es total. Ya no está referido al Decreto Legislativo 728, sino al régimen de la carrera administrativa, de forma que sí cabría la reposición en el régimen de la actividad privada. Con lo cual, para el caso concreto, se ordena la reposición del demandante. De no haberse variado el criterio, se habría declarado improcedente de la demanda y señalado que solo le correspondía una indemnización como reparación. Desde nuestro punto de vista, esto no puede ser entendido como una aclaración del precedente, sino un cambio total de su ámbito de aplicación. Además, los criterios de distinción no quedan del todo claros, toda vez que la idea de meritocracia y acceso mediante un concurso público es predicable de todo ingreso a la Administración pública. Además de que todas las entidades cumplen funciones públicas, no solo aquellas que tienen un régimen de carrera.

- Casación 4005-2018-Lima

En este caso, la demandante pretendía que se declare la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad suscrito con el Congreso de la República y la posterior

invalidación de los de los contratos administrativos de servicios suscritos, dado que ya existía una relación laboral a plazo indeterminado; además, que se declare que el despido del que fue objeto. Subordinadamente, en atención a la vigencia del precedente Huatuco, solicitó que se le conceda una indemnización por despido arbitrario.

En primera instancia, el juez declaró fundada en parte la demanda, al estimar que los contratos sujetos a modalidad estaban desnaturalizados, dado que la causa objetiva que indicaban era imprecisa y genérica y que las labores realizadas fueron de carácter permanente. Empero, no estimó la reposición por cuanto no había ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante, como indicaba el precedente Huatuco en su versión original.

En segunda instancia, la sentencia es reformada por cuanto, a criterio de la sala, no debió aplicarse el precedente, en tanto que este fue expedido con posterioridad a la fecha de cese de la demandante. Sobre este punto, cabe señalar que, en la propia sentencia del Tribunal Constitucional, se señaló que era de aplicación a los procesos de amparo en trámite (f. j. 21), *mutatis mutandis*, no podía señalarse en el proceso ordinario que no procedía observarlo.

Con diferente criterio, la sala suprema analiza el caso a partir del nuevo criterio expedido por el Tribunal Constitucional en el caso Cruz Llamos y resalta que este solo es aplicable cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa. Además, señala en el fundamento décimo cuarto que en tanto que el Congreso de la República es una entidad excluida de la Ley del Servicio Civil, no le es de aplicación el contenido del precedente Huatuco.

Creemos que hacer esta afirmación no era necesaria, bastaba señalar que el Congreso de la República está sujeto al régimen de la actividad privada y, por ende, no cuenta con un régimen de carrera administrativa.

- Casación 21082-2017-Cajamarca:

En este caso, la demandante pretendía el reconocimiento de una relación de trabajo a tiempo indeterminado con la Autoridad Nacional del Agua, con quien había suscrito contratos verbales y, luego, administrativos de servicios y, por ende, su reposición. En primera y segunda instancia se amparó su pretensión y, concretamente la sala superior, argumentó que no era de aplicación el precedente Huatuco, dado que este solo es aplicable a los trabajadores que vienen efectuando carrera administrativa y que solicitan su reposición.

En instancia de casación, la sala suprema fija una doctrina jurisprudencial en atención al nuevo criterio del Tribunal Constitucional. Así, con base en el nuevo criterio de Cruz Llamos, expone que el órgano judicial debe precisar la naturaleza de la plaza laboral a la que pertenece el trabajador que pretende la reposición, en tanto que el precedente Huatuco solo es de aplicación, señala, cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa.

Como puede advertirse, con el cambio de criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²³, existe actualmente una alineación de criterio en la jurisprudencia constitucional y la ordinaria expedida por la Corte Suprema²⁴.

Esta renovación de la figura de la reposición de los exservidores por las variaciones jurisprudenciales conllevará a que el Poder Ejecutivo, aprovechando la disolución del Parlamento en 2019, pretenda ponerle coto vía decreto de urgencia.

- Expediente 01271-2021-AA (Sentencia 286/2023)

Reconformada la composición del Tribunal Constitucional, se ha generado una renovada línea jurisprudencial que apela en mayor medida a los argumentos típicos del derecho del trabajo y le dedica menor atención a las normas propias del empleo público, aun cuando arriba a una posición intermedia para superar la confrontación normativa materia de esta investigación.

En esta sentencia, la actora pretendía su reposición en la Municipalidad Provincial de Talara por dos argumentos: (i) haber sido contratada por la modalidad de locación de servicios y (ii) haber sido despedida debido a su embarazo, cuando tenía veintitrés semanas de gestación.

El Tribunal Constitucional estimó que la demandante prestaba servicios como psicóloga en la Demuna, labor que es permanente y que corresponde a servidores públicos sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo 276, por lo que, afirma, “se advierte la desnaturalización del contrato de locación de servicios (...) que por sus funciones se ha desempeñado (...) en condiciones de trabajo personal, subordinado y remunerado”. De otro lado, el Tribunal concluye, aplicando el Convenio 183 de la OIT, que, en tanto el empleador no demostró la justificación de la no renovación del contrato en una razón diferente y suficiente a la del embarazo, el despido fue nulo, figura propia del régimen privado.

Seguidamente, la alta corte constitucional analiza que este caso no es un supuesto puro del precedente Huatuco, sino uno de despido nulo por discriminación por razón de sexo. Además, señala lo siguiente sobre la desnaturalización de contratos en el sector público:

13. Por otro lado, este Tribunal Constitucional aprecia que, desde la fecha en que se emitió el precedente hasta la actualidad, el número de procesos de amparo presentados solicitando la reposición por desnaturalización de contratos ha ido en aumento, lo que pone de manifiesto que la administración pública sigue empleando esas modalidades de contratación para cubrir necesidades de las diversas entidades del Estado. En consecuencia, resulta indispensable que se sinceren las cifras de las necesidades de recursos humanos en las entidades del Estado y

²³ Para mayor abundamiento, el nuevo criterio expedido en Cruz Llamas, puede apreciarse también en las siguientes sentencias recaídas en los expedientes 04773-2012-PA/TC (caso Ccoyllo Quispe), 01088-2016-PA/TC (caso Díaz Maguiña) y 04483-2015-PA/TC (caso Eddy Meléndez).

²⁴ Con base en estos nuevos criterios, la Corte Suprema también ha resuelto los últimos casos de reposición de trabajadores, tal y como puede apreciarse en las casaciones 1841-2018-Junin y 14591-2018-Lima.

se convoque a los concursos que se requieran para proveer todas las plazas necesarias para brindar el servicio que les compete, sin recurrir a contrataciones realizadas en fraude de ley.

14. No amparar demandas en las que se advierte que ha existido un abuso de posición contractual, por parte del Estado, al recurrir a modalidades de prestación de servicios que impiden a los trabajadores gozar de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en materia laboral, significaría un retroceso en la protección social y un desconocimiento del principio de primacía de la realidad. La jurisprudencia de este Colegiado sobre este principio es uniforme, en la que lo califica como principio implícito que rige la relación laboral, según el cual “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

Ciertamente, esta aseveración apunta directamente a la reforma del empleo público desde la Ley del Servicio Civil que, como hemos explicado, aún no se ha materializado y al problema presupuestal que tienen las entidades públicas para sincerar la contratación de personal. Ahora bien, esta sentencia es de suma relevancia para lo analizado en la jurisprudencia inmediatamente anterior, dado que el supuesto de hecho es el de la desnaturalización de un contrato de locación de servicios en el ámbito del régimen de carrera administrativa. Así pues, aplicando el criterio de la sentencia del caso Cruz Llamas, la demandante sí pretendía su reposición a una plaza sujeta a carrera administrativa. No obstante, el argumento del Tribunal es que estamos ante un supuesto de despido nulo, por lo que el precedente no aplica directamente.

Lo cierto es que el despido nulo es una figura propia del régimen privado y ajena a las normas de empleo público, por lo que su extrapolación a este ámbito, la cual no negamos de entrada, exigía una fundamentación que no se evidencia en la sentencia y eso es lo discutible.

De otro lado, es necesario relevar la siguiente afirmación del Tribunal: “La razón es que ha sido demostrado en el proceso, sobre la base del principio de primacía de la realidad, que prestó sus servicios personales y remunerados en forma subordinada. En consecuencia, lo que verdaderamente había celebrado era un contrato laboral a plazo indefinido (cita en pie de página del artículo 4 de la LPCL)”. Se comete un error en la aplicación de las normas, por cuanto, como se indicó en la propia sentencia, las funciones que desempeñaba la demandante correspondían a las de un servidor público sujeto al régimen del Decreto Legislativo 276. Efectivamente, salvo el caso de los obreros municipales, el personal de las municipalidades está sujeto al régimen del Decreto Legislativo 276. En esa medida, hacer alusión al contrato indeterminado regulado por el artículo 4 de la LPCL es incorrecto.

Otro aspecto a destacar en esta sentencia es que, en aplicación del artículo 40 de la LPCL, derivado de la nulidad del despido, el Tribunal ordenó que se paguen las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido. En primer término, como ya se afirmó, falta una debida justificación de por qué se aplican

las normas del régimen privado a un supuesto de aplicación de las normas de carrera administrativa y, en segundo término, como lo indica el magistrado Gutiérrez Ticse, en vía de amparo, no se otorgan este tipo de prestaciones, sino en la vía ordinaria; sobre este punto la sentencia se ampara en que tal medida es una práctica habitual en el derecho comparado.

Por último, merece especial atención la forma de resolver el conflicto entre las normas de empleo público que disponen que el ingreso a la función pública es mediante un concurso público y la aplicación del principio de primacía de la realidad. A criterio del Tribunal Constitucional:

18. (...) se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. En caso que la trabajadora no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá sin que tenga derecho al pago de indemnización. Durante el lapso de tiempo de la reincorporación temporal, como resulta obvio, quedan habilitadas las facultades disciplinarias del empleador, cuando compruebe faltas relacionadas con la conducta o capacidad de la trabajadora.

Esta fórmula es la primera de toda la jurisprudencia constitucional y ordinaria a nivel nacional que busca encontrar una fórmula intermedia que morigere las posiciones radicales de negar la reposición de un lado, de un lado, y conceder la reposición y la estabilidad plenas, de otro. Consideramos que es la más feliz, a la fecha, aun cuando hubiese sido necesario una mayor justificación a partir de los fundamentos y principios que sustentan el empleo público.

- Expediente 01271-2021-AA (Sentencia 286/2023)

En este otro caso resuelto por la nueva composición del Tribunal Constitucional, el demandante solicitó que se deje sin efecto el despido efectuado por la Dirección Regional de Salud de Lima y que se le reponga en su puesto de chofer u otro de similar jerarquía. Alegó que se desempeñó en forma continua primero mediante locación de servicios entre 2013 y 2014 como chofer; luego mediante contrato administrativo de servicios desde 2014 hasta 2015 como chofer; después, nuevamente, mediante contrato de locación de servicios entre 2015 y 2019 como chofer y apoyo de operarios; entre 2019 y 2020 mediante locación de servicios como apoyo administrativo para el archivo general, aunque siguió laborando como chofer; y, finalmente, laboró sin contrato en agosto de 2020. En esta fecha habría sido despedido luego de contraer la enfermedad de COVID-19 en las instalaciones de la entidad demandada.

El Tribunal Constitucional estimó que, analizados los documentos, los contratos civiles celebrados eran fraudulentos dado que desde el primer momento las funciones desarrolladas eran de naturaleza laboral al demostrarse que los servicios eran (i) remunerados, (ii) subordinados y (iii) sujetos a un horario de trabajo (aquí se confunden los elementos esenciales con los indicarios). Por ello, el Tribunal estima que es de aplicación el artículo 4 de la LPCL.

Seguidamente, en la sentencia se expone que no se le respetó el derecho de defensa, previo al procedimiento de despido, y que, además, el despido fue violatorio de la dignidad humana, en tanto que fue comunicado cuando el demandante estaba enfermo. En consecuencia, al ser violatorio de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional considera que es nulo y sin efectos jurídicos. Al igual que en el caso anterior, se afirma que a este caso no le aplica el precedente Huatuco porque no es un supuesto puro de desnaturalización del contrato de trabajo, sino uno de despido nulo. Así las cosas, en idéntico sentido que el caso antes mencionado, el Tribunal Constitucional (i) ordena la reposición hasta que se efectúe el concurso público de méritos, el cual de no superarse extingue la relación laboral sin derecho a la indemnización y (ii) ordena el pago de las remuneraciones devengadas.

Esta sentencia confirma dos nuevos criterios adoptados por el nuevo colegiado constitucional:

- a. No aplica el precedente Huatuco a supuestos de despido nulo, que es de aplicación al régimen de empleo público, incluido el derecho a las remuneraciones devengadas por aplicación de la LPCL.
- b. La reposición solo es temporal, hasta que se efectúe el concurso público de méritos para la plaza que se desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción del contrato (debería señalarse vínculo si al régimen no le aplica la figura del contrato) o su acceso al empleo a plazo indefinido.

2.4.3. *La respuesta del Poder Ejecutivo mediante decreto de urgencia y su derogatoria*

En forma paralela, desde el plano normativo también se ha dado respuesta al problema de la desnaturalización en el sistema de empleo público. El 23 de enero de 2020 fue publicado el Decreto de Urgencia 016-2020 con el propósito de establecer medidas para regular el ingreso de los servidores públicos a las entidades del Sector Público, destacándose que el ingreso será solamente a través de un concurso público, exceptuándose de tal medida la designación de cargos de confianza. Esta norma fijaba, entre otras disposiciones, lo siguiente:

Artículo 3. Ingreso por mandato judicial a las entidades del Sector Público

3.1 Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo 1442²⁵, con

²⁵ La citada norma señala lo siguiente en su artículo 4:

4.2 Para efectos del presente Decreto Legislativo, el Sector Público incluye a:

1. Sector Público No Financiero:
 - a. Entidades Públicas:
 - i. Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
 - ii. Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República y Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:

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(...).

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

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.

Como puede advertirse, la posición que se adoptó con el Decreto de Urgencia es totalizadora: no interesa el régimen laboral al que está sujeto la entidad sobre la cual se demanda la reincorporación (si es de carrera administrativa o no), solo cabe la reposición si la persona ingresó mediante concurso público, a una plaza presupuestada y de naturaleza indeterminada. Las reglas pueden resumirse de la siguiente forma:

- Solo cabe la reincorporación en la propia entidad demandada
- Solo procede cuando la persona haya ingresado por concurso público de méritos en una plaza presupuestada, permanente, de duración indefinida y vacante; y se trae del mismo régimen laboral en el que fue contratado el demandante.

iii. Universidades Públicas.

iv. Gobiernos Regionales.

v. Gobiernos Locales.

vi. Organismos públicos de los niveles de gobierno regional y local.

b. Empresas Públicas No Financieras:

i. Empresas Públicas No Financieras del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, fuera del ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE).

ii. Empresas Públicas No Financieras bajo el ámbito del FONAFE.

c. Otras formas organizativas no financieras que administren recursos públicos, tales como: i. Caja de Pensiones Militar Policial. ii. Seguro Social de Salud (Essalud).

iii. Administradores de Fondos Públicos.

- Respecto del reconocimiento de vínculo laboral, este debe darse al régimen laboral vigente que corresponda a la entidad. El cambio solo se da por concurso público.

En la exposición de motivos para dictar este decreto se valen de las razones expuestas por el Tribunal Constitucional en el precedente Huatuco. A partir de ello, se expone cómo la Corte Suprema a través de su segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria ha interpretado que no es exigible para la procedencia que el accionante haya ingresado previamente por concurso público en una plaza presupuestada y de naturaleza permanente cuando la reposición se solicite sobre el régimen de la actividad privada, a partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional en el caso Cruz Llamos anteriormente comentado y que, a juicio del Ejecutivo, no correspondería por no tener la calidad de precedente.

Estos mandatos de los jueces serían imposibles de cumplir por parte de la Administración pública. Ello sería más grave en aquellos casos en los que ni siquiera se precisa el régimen laboral al que corresponde la reposición o en uno que no corresponde con el de la propia entidad pública.

Según la información manifestada, a partir del Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público (AIRHSP) se tiene la siguiente información proyectada desde antes de 2014 al 2019:

Tabla 7		
Reposición de servidores públicos por mandato judicial según el año de registro en el AIRHSP		
Año de registro AIRHSP	N.º de servidores	Costo total anual S/
Antes del 2014	1648	66'877,850
2014	234	9'223,536
2015	451	15'487,026
2016	226	11'024,889
2017	341	15'549,076
2018	334	14'803,457
2019	387	18'035,823
Total	3621	151'001,657

Fuente AIRHSP a diciembre 2019

Elaboración: Poder Ejecutivo

Según se aprecia, en el año siguiente a la publicación del precedente Huatuco ha habido una marcada reducción del número de servidores repuestos, lo que ha vuelto a incrementarse desde el año 2017.

Por otro lado, en la exposición de motivos también se detalla que a través de la Procuraduría General del Estado se solicitó información a los diferentes procuradores de los gobiernos regionales y municipales la remisión de información sobre los procesos laborales de reposición. Así pues, el número de resoluciones que potencialmente pueden disponer la reposición asciende a 31,285, con un costo anual de más de 1300 millones anuales, según estimaciones del Ministerio de Economía y Finanzas.

Por estas consideraciones, en el decreto de urgencia, a la par de institucionalizar para todos los regímenes el criterio del precedente Huatuco, determina que cuando no

sea posible proceder con la reposición, se concederá el pago de una indemnización que 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. Es decir, semejante a la fijada en la LPCL.

En vista a que este decreto fue expedido en durante el interregno parlamentario, el Ejecutivo debe dar cuenta de los decretos con los que legisle a la Comisión Permanente del Congreso para que los examine y eleve al Congreso, una vez que este se instale, según el artículo 135 de la Constitución Política del Perú. Es así que se conformó un grupo de trabajo encargado del examen del Decreto de Urgencia 016-2020.

El grupo aprobó un informe en el que se señaló que el decreto (i) afecta el derecho de reposición que es parte del derecho fundamental al trabajo, (ii) inaplica los criterios establecidos por el propio Tribunal Constitucional y la Convención americana de Derechos Humanos sobre reserva e ley para norma restricciones a los derechos fundamentales, (iii) desconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema, (iv) transgrede los principios de primacía de la realidad y continuidad laboral, (v) transgrede el derecho a la igualdad respecto de los trabajadores del sector privado, entre otros.

Por estas consideraciones, el Congreso expidió la Ley 31115 que derogaba diversos artículos del decreto de urgencia y, concretamente, los anteriormente comentados. Es de destacar que el Poder Ejecutivo observó la autógrafa de dicha ley.

Tanto en la exposición de motivos del decreto de urgencia que fue expedido, como de la ley que lo derogó se analiza parcialmente el problema, poniendo el énfasis en la importancia ya sea de los principios que cautelan el presupuesto público, como de aquellos que buscan tutelar a los trabajadores defraudados, sin busca una solución que componga ambas situaciones adecuadamente. Consideramos, igualmente, que el decreto tenía la virtud de conceder una indemnización como remedio uniforme para todos los regímenes laborales, aun cuando creemos, como se expondrá en el capítulo 3, que esta no debe ser la única medida reparatoria, sino buscar una fórmula que compatibilice la permanencia en el empleo con la del acceso en condiciones de igualdad para todas las personas a través de un concurso público.

2.5 Límites al contrato administrativo de servicios y a la locación de servicios

El Congreso del periodo 2020-2021 aprovechó en retomar anteriores proyectos de ley para (i) limitar la contratación de trabajadores mediante el régimen CAS y la celebración de contratos de locación de servicios y (ii) ordenar la incorporación de aquellos que realicen labores de naturaleza permanente bajo estas dos modalidades sean incorporados en el régimen de cada entidad, según sea de los decretos legislativos 276 o 728, respectivamente. Ambas normas no tomaban en cuenta la reforma del Servicio Civil ya emprendida.

2.5.1 La Ley 31131 que establece disposiciones “para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público”

En virtud de esta norma, se modificó el régimen del contrato CAS de forma tal que (i) se estableció la incorporación progresiva del personal CAS a los regímenes 276 y 728, bajo

ciertas condiciones (artículos 2 y 3), (ii) se eliminó su temporalidad, de forma que la regla sea una relación indeterminada (artículo 4) y (iii) se prohibió la contratación de nuevos trabajadores bajo el régimen CAS. En otras palabras, se limitó la contratación de trabajadores bajo este régimen que había nacido para “paliar” los efectos causados por la desnaturalización de los servicios no personales. En esa medida, el espíritu de la norma era limitar a que únicamente el Estado pueda ligarse con los servidores públicos, relación de subordinación, a través de los regímenes de los Decretos Legislativos 276 y 728.

Para expedir esta norma, el Congreso argumenta, en la exposición de motivos, que la inestabilidad laboral en cualquier organización genera malestar y descontento, lo que genera un clima organizacional inestable que se traduce en incumplimiento de la misión y los objetivos institucionales. Además, que estamos ante una situación de desigualdad entre regímenes, por cuanto el régimen CAS carece de muchos beneficios. Además, en la práctica la Ley 29849 que establecía que los trabajadores CAS pasarían gradualmente al Servicio Civil no ha tenido efectos en la práctica.

Cabe resaltar que el análisis costo beneficio que se realiza en la ley es absolutamente deficitario, por cuanto se establece que no genera costo alguno, dado que es de cargo al presupuesto de cada entidad. Por el contrario, el Poder Ejecutivo observó esta norma —que finalmente fue aprobada por insistencia—; en razón del alto costo que implicaría la implementación de una norma de tal naturaleza. Los cuadros que siguen son reveladores:

Tabla 8 Costo de implementación en el régimen del D. L. 728				
Nivel de gobierno	N.º CAS	Costo CAS	Costo D. L. 728	Costo Diferencial
Gobierno Nacional	95,611	5,238'632,438.89	6,867'784,692.10	1,629'152,253.21
Gobiernos regionales	1,982	70'648,113.84	90'740,214.90	20'092,101.06
Gobiernos locales	70,339	1,814'417,318.60	2,297'386,726.39	482'969,407.79
Total CAS a D. L. 728	167,932	7,123'697,871.33	9,255'911,633.39	2,132'213,762.06

Tabla 8 Costo de implementación en el régimen del D. L. 276				
Nivel de gobierno	N.º CAS	Costo CAS	Costo D. L. 276	Costo Diferencial
Gobierno Nacional	63,504	2,987'947,342.76	3,847'331,042.76	859'383,700.00
Gobiernos regionales	92,836	3'030,435,754.08	4,283'501,834.09	1,253'066,080.00
Total CAS a D. L. 276	156,340	6,018'383,096.84	8,130'832,876.85	2,112'449,780.00

Fuente y elaboración: Poder Ejecutivo

El incremento del costo por el paso de trabajadores CAS al régimen del D. Leg. 728 es del 30 %. Y, para el caso de aquellos sujetos al régimen del D. Leg. es del 35 %. Lo que en términos globales sería un incremento del 32 % del costo de la planilla laboral del Estado. Al respecto, esta norma está viciada por violar el artículo 72 de la Constitución que limita a los congresistas incrementar el gasto del Estado. Este tipo de medidas solo puede ser adoptada en las normas de presupuesto.

Aun cuando es saludable que se adopten medidas que eliminen la diferencia entre los regímenes laborales a cargo del Estado, no puede hacerse a costa de la reforma emprendida de la Ley del Servicio Civil que busca modernizar y uniformizar en

forma ordenada y coherente y no con regímenes que ya han perdido su actualidad. Lo cierto es que, en respuesta de ello, el Poder Ejecutivo, mediante los Decretos de Urgencia 034-2021 y 083-2021 de marzo y setiembre de 2021, facultó a las entidades de la Administración pública a contratar excepcional y temporalmente personal CAS.

El Poder Ejecutivo interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31131 y el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia 979/2021 en el expediente 0013-2021-PI/TC, declarar inconstitucionales los artículos de la citada ley que prohibían la contratación de trabajadores CAS y disponían su tránsito progresivo a los regímenes de los Decretos Legislativos 276 y 728, según cada entidad pública. En consecuencia, a la fecha solo se encuentran vigentes las disposiciones que establecen el carácter indeterminado de la duración de las contrataciones CAS.

Lamentablemente, en una práctica que se hizo reciente en el último tramo del periodo anterior del Tribunal Constitucional, no ha existido mayoría en la fundamentación de la ponencia formulada por el magistrado Ferrero Costa, contando solamente con las firmas de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera y con votos singulares de los demás magistrados. Por ello, la suma de votos se hace mediante una razón de relatoría. Por ende, no considero de peso la fundamentación que se expone al solo contar con tres votos conformes.

2.5.2 La Ley 31298 que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada

A la par de limitar la contratación de personal CAS, el Congreso de la República aprobó la Ley 31298, Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada, publicada el 21 de julio de 2021. De esta manera se dispuso:

3.1. Prohíbese a las entidades mencionadas en el artículo 2, contratar personal a través de la modalidad de locación de servicios para cubrir puestos o funciones de carácter permanente o no permanente, bajo responsabilidad administrativa, penal y civil, de corresponder, de los funcionarios o servidores que soliciten o autoricen la contratación.

3.2. Exceptúase de la disposición establecida en el párrafo 3.1 la contratación, bajo la modalidad de locación de servicios, de servicios de carácter urgente y temporal, debidamente acreditados, y por un lapso que no podrá exceder 6 meses calendario, bajo la misma responsabilidad funcional descrita en el párrafo 3.1.

Sobre esta disposición, la Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía expidió el Informe 0136-2021-EF/54.02 que interpretó la norma en cuestión, en el marco de las competencias que le asisten como ente rector del Sistema Nacional de Abastecimiento. Así, se señaló que:

2.6 En atención a lo expuesto, se aprecia que **la normativa de contratación pública establece los procedimientos que permiten a las Entidades contratar con proveedores de bienes, servicios u obras en el marco de**

una relación jurídica patrimonial no subordinada que debe desarrollarse respetando la regulación de cada objeto contractual (...)

2.9 Al respecto, se debe hacer presente que la prohibición de contratar personal mediante modalidades de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual (siendo una de ellas, locación de servicios), por su naturaleza, se encuentra contemplada de manera expresa desde hace algunos años en la legislación nacional que regula la contratación de personal en la Administración Pública (normas que regulan la Contratación Administrativa de Servicios – CAS y el Reglamento de la Ley del Servicio Civil).

Esto es, en la opinión vertida en el informe, la prohibición de contratación de servicios subordinados ya estaba recogida por el ordenamiento jurídico peruano, y, además, la nueva regulación no impide la contratación de servicios en el marco de una relación jurídica no subordinada. En opinión concordante, la Dirección Ejecutiva de Gestión de Proyectos de la Contraloría General —a través de la Hoja Informativa 000009-2021-CG/DEGP del 3 de agosto de 2021—, se pronunció sobre los alcances de la Ley 31298 y señaló que la prohibición estaba referida a los servicios subordinados y que la excepción a la que se hace referencia lo que estaría facultando es a contratar servicios subordinados para cubrir puestos de naturaleza temporal siempre que sea de naturaleza urgente y por un plazo que no supere los 6 meses. De esta manera, se grafica la interpretación normativa conforme al siguiente cuadro consignado en el párrafo 2.16 del documento en cuestión:

Servicios subordinados			Servicios autónomos
PERMANENTE	TEMPORAL		
	URGENTE	NO URGENTE	
Aplica la prohibición	Aplica la prohibición (aplica la excepción por un lapso de 6 meses)	Aplica la prohibición	No aplica la prohibición

No compartimos los términos utilizados por la norma y el sentido que tiene muchas de sus disposiciones. Para empezar, la prohibición a la contratación de locación de servicios para labores subordinadas ya viene dada por la propia naturaleza de las normas constitucionales que reconocen el derecho fundamental al trabajo y por las propias normas que fijan los diferentes regímenes de empleo público. Además, utiliza la frase “prohibir contratar personal a través de la modalidad de locación de servicios para cubrir puestos de carácter permanente o no permanente”.

Seguidamente procede a autorizar la contratación para la realización de servicios urgentes y temporales. Esto ha conllevado a que un criterio de interpretación sea, como se ha expuesto líneas arriba, a que se estaría habilitando la contratación de labores subordinadas temporales hasta por 6 meses, lo que se encontraba, en principio, prohibido. El defecto más grave de técnica legislativa está en que el título de la ley y la redacción de su objeto, que es prohibir la contratación de locación de servicios, no se

ve con claridad en las prohibiciones detalladas en el artículo 3. En cualquier caso, la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2022, Ley 31365, en su septuagésima segunda disposición complementaria final, ha dispuesto suspender la vigencia de la Ley 31298 hasta el 31 de diciembre de 2022. En cambio, la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2023 no ha contemplado ninguna suspensión de dicha norma.

2.6 La ejecución de las sentencias que conceden el pago de obligaciones laborales

Conforme hemos visto en los párrafos precedentes, el principal argumento utilizado para negar la reposición de trabajadores o su incorporación inmediata a los regímenes “de planta” de las entidades, no es solo la vulneración de los principios de mérito y de acceso en igualdad de oportunidades, sino que implica un costo exorbitante para el erario público.

Así como en los años 90 se dictaron las primeras medidas de austeridad que prohibieron la contratación de personal bajo cualquier modalidad y la creación de nuevas plazas, si no es con la autorización del Ministerio de Economía y Finanzas, las propias normas de presupuesto que actualmente están vigentes establecen disposiciones específicas para afrontar las contingencias económicas a cargo de las entidades públicas.

De esta manera, se tiene que, según el artículo 73 del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto, el pago de las sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada se efectúa con cargo al presupuesto institucional de las entidades. Empero, cuando no cuenten con los recursos suficientes para honrar sus obligaciones, pueden comprometer hasta el 5 % del presupuesto institucional de apertura al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de deuda. Y si aun así no alcanza, el pago se hará en forma proporcional. En caso los requerimientos no puedan ser atendidos en el año correspondiente, podrá hacerse con los presupuestos aprobados dentro de los 5 años fiscales subsiguientes.

Este plazo en la práctica no es el real. La ejecución de sentencias tarda muchos años más, pese a las disposiciones expresas que se acaban de comentar. El Ministerio de Economía y Finanzas al sustentar el presupuesto de cada año, debería comparar las posibilidades reales que tienen las entidades públicas para afrontar sus obligaciones con los montos que les están siendo asignados.

Por otra parte, se tiene la Ley 30137 que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales. En ella se señala en primer orden para el pago por sentencias en calidad de cosa juzgada a la materia laboral, priorizándose a los acreedores mayores de sesenta y cinco años o con enfermedad en fase avanzada y/o terminal. En el reglamento, aprobado por Decreto Supremo 003-2020-JUS, se fija la obligación de cada entidad de contar con un comité permanente para la elaboración y aprobación del listado priorizado de obligaciones derivadas de sentencias en calidad de cosa juzgada.

3. REPASO DE LA EXPERIENCIA IBEROAMERICANA COMPARADA

Conforme hemos visto en este capítulo, la jurisprudencia peruana ha zigzagueado entre conceder la tutela plena de las normas del derecho del trabajo a las relaciones de empleo público fraudulentas y modularlas. Es más, entre otorgar en unos casos el derecho de estabilidad laboral absoluta o únicamente una indemnización.

Para el propósito de esta investigación, resulta valioso tener una mirada comparada que nos dé perspectiva para analizar las formas de reacción del ordenamiento jurídico frente a los supuestos de abuso de la contratación temporal o de las relaciones falsamente autónomas al interior de las relaciones de empleo público.

En esa medida, se ha examinado la situación de Argentina, Colombia y España que nos son experiencias cercanas. En ellas hemos encontrado situaciones semejantes a la realidad peruana. La regla común que hemos advertido es que en ninguno de estos países existen normas específicas que regulen la consecuencia jurídica frente al problema de la desnaturalización de los contratos civiles de prestación de servicios en el ámbito del empleo público. Ha sido en todos los casos la jurisprudencia la que ha tenido que construir respuestas. Asimismo, en los tres casos, la judicatura opta por ser cauta en aplicar el principio de primacía de la realidad —ciertamente, no se utiliza esta institución como un principio en España, pero en el análisis se encuentran consideraciones semejantes— con efectos plenos y, más bien, se ha preferido transitar por soluciones más bien mediatizadas.

3.1 El caso argentino

Entre los años 1990 y 2018 se efectuaron intensos cambios en la forma de composición y contratación del empleo público argentino. Inició con una fuerte limitación de la contratación de planta y flexibilización de la contratación temporal y la provisión de servicios y asistencia técnica. Para entendernos, empleo público lo conciben, desde una noción amplia, como el conjunto de trabajadores asalariados cuyo empleador es el Estado, en cualquiera de sus niveles. Ahora bien, aun cuando esta definición haga referencia a trabajadores asalariados, la forma de contratación es heterogénea y no a todos se reconoce formalmente una relación laboral de dependencia (Fernández & González, 2020, pp. 3–4).

Principalmente, existen tres formas de contratación de personal y servicios para la Administración pública: (i) los contratados de planta permanente que gozan de un régimen de estabilidad garantizado; (ii) los contratados de tiempo determinado o planta transitoria mediante la Ley Marco de Regulación de Empleo Público de 1999 para servicios de carácter transitorio o estacionales que, pese a su vinculación determinada, se les renueva periódicamente; y (iii) los mal llamados contratados que se vinculan como trabajadores independiente ya sea con un organismo público o mediante algún organismo internacional o universidad, es decir, ni siquiera directamente (Fernández & González, 2020, pp. 3–7).

Ahora bien, pese a que los contratados deban serlos para prestar exclusivamente servicios no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera sino unas de carácter transitorio o estacional que no pueden ser cubiertos por personal de planta permanente, se ha evidenciado un uso abusivo de esta figura que intenta ocultar necesidades permanentes (Balbín, 2019, p. 121).

Estudios de una doctrina argentina sobre las líneas jurisprudenciales en materia de empleo pública, arrojan que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es favorable a la posición de reconocer el derecho a la estabilidad para los servidores públicos contratados en fraude a la ley, es decir, destinados veladamente a realizar tareas permanentes. Y, en el mejor de los casos, se les concede una indemnización derivada de la extinción arbitraria del vínculo (Balbín, 2019, p. 132).

Así, por ejemplo, en el precedente Ramos²⁶, el demandante fue contratado para la prestación de servicios personales transitorios bajo un régimen que no concedía un vínculo permanente y que habilitaba un máximo de cinco años. Laboró por veintiún años —excediéndose el límite— para la Armada Argentina mediante contratos de locación de servicios, sucesivamente prorrogados hasta que fue cesado por razones presupuestarias. La Corte Suprema concedió el derecho a una indemnización por dos razones (i) el legajo del actor indicaba que realizaba tareas permanentes y no transitorias que eran evaluadas anualmente, se le reconocía antigüedad y recibía prestaciones sociales y (ii) se había violado el impedimento de contratarlo por más de cinco años. En otras palabras, era una contratación temporal de servicios que encubría una designación permanente (Balbín, 2019, pp. 133–134).

En este caso se aprecia cómo el reconocer el fraude de la contratación mediante prestación de servicios en el régimen de empleo público no determina el reconocimiento de una relación de trabajo indefinida garantizada por la estabilidad laboral. Es decir, a dicho trabajador que le habría correspondido una relación de empleo público de planta con estabilidad absoluta, se concede como medio de reparación frente al fraude y el cese una indemnización. Habría sido deseable que se expongan las razones para optar por esta decisión y no por la restitución en el empleo.

En otro caso, denominado precedente Sánchez²⁷, el demandante prestó servicios ocho años en la Auditoría General de la Nación para la realización de tareas propias de los empleados de planta permanente, pero mediante contratos temporales sucesivamente renovados mediante un régimen que habilitaba esta forma de contratación indefinidamente hasta que fue despedido. La posición en mayoría señaló que el régimen específico habilitaba esta forma de contratación y que el hecho que el señor Sánchez realizara tareas típicas de la actividad de la empleadora no resultaba suficiente, por sí misma, para demostrar la existencia de un encubrimiento, mediante la renovación de contratos sucesivos un vínculo permanente. Este fallo es criticado severamente por Balbín, para quien resulta cuestionable que la resolución se base solamente en la existencia de un régimen específico que no tome en cuenta la materialidad de la prestación y el sentido tuitivo del régimen de estabilidad laboral (2019, pp. 134–135).

Esta posición de la Corte Suprema de Argentina es muy semejante a la del Tribunal Constitucional peruano que, al analizar la constitucionalidad del régimen CAS,

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 6 de abril de 2010. Ramos, José Luis c. el Estado nacional, Publicado en fallos 333:311.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 6 de abril de 2010. Sánchez, Carlos Próspero c. la Auditoría General de la Nación. Publicado en fallos 333:335.

señala, como hemos visto, que, si bien es un régimen laboral, sus particularidades — entre ellas la temporalidad— se sustenta en que es un régimen específico y particular.

Otro caso que destaca el autor Balbín es el fallo Cerigliano²⁸. El demandante había trabajado por siete años en tareas de operario común mediante contratos sucesivos de locación de servicios hasta que fue despedido. A este caso se le aplicó el criterio del precedente Ramos dado que dolosamente no se había cubierto el vínculo bajo el amparo de la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina. Los vínculos de locación de servicios no eran eficaces para enmarcar vínculos ajenos a la transitoriedad sino que generaban expectativas de permanencia (2019, pp. 135–136).

Considero que más que analizar la transitoriedad o no de las actividades, partiendo del elemento central subordinación, debería valorarse si el prestador de servicios se encontraba en una relación de dependencia, dado que al interior de esta pueden darse prestaciones tanto temporales como permanentes. Esto es, la locación de servicios no se resume en prestaciones temporales, sino temporales y autónomas.

El autor destaca que en estos tres casos se supera una anterior fase restrictiva en los que se desestimaban las demandas y que se ha virado hacia la concesión de indemnizaciones; sin embargo, cuestiona que no se haya reconocido el derecho a la estabilidad en el empleo que caracteriza por antonomasia los vínculos con la Administración pública (Balbín, 2019, p. 136). La judicatura debió argumentar por qué debía optarse por la indemnización y no la estabilidad; sin embargo, consideramos que no cabe, al interior de las relaciones de empleo público, únicamente analizar como única variable la aplicación inmediata del principio de primacía de la realidad, toda vez que están en juego otros valores que cautelan las relaciones de empleo público que merecen ser tomadas en cuenta en la ecuación.

3.2 El caso colombiano

Adicionalmente a la regulación del Decreto 1732 de 1960 sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa que regula la vinculación de los empleados públicos en Colombia, con frecuencia se viene recurriendo a la contratación temporal al amparo de la Ley 80, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de 1993.

En este cuerpo normativo se regulan las modalidades de contratación estatal, una de ellas es el contrato de prestación de servicios que se celebra en el siguiente supuesto:

Para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

²⁸ Corte Superior de Justicia de la Nación, sentencia del 19 de abril de 2011. Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros. Publicado en fallos 334:398.

Lo cierto es que esta habilitación ha conllevado, señala el autor colombiano Castrillón Arango, a que los organismos públicos incurran en situaciones de abuso y fraude. Las causas que se atribuye son el deficiente diseño institucional, las limitaciones presupuestales —nuevamente se repite este elemento al igual que en Perú y Argentina—, procedimientos engorrosos y la comisión de prácticas clientelistas. De esta manera, el problema estaría desde la definición misma antes citada del contrato de prestación de servicios que utiliza la frase “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, dado que cualquier contrato estatal tiene por objeto este tipo de actividades (2022, pp. 225–228).

Es de destacar que, junto con la habilitación abierta del contrato de prestación de servicios, existen otras normas con las que se conjuga. El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prohibía la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas permanentes, en cuyo caso correspondía crear empleos según el procedimiento correspondiente. Esta norma luego fue derogada por el Decreto 1083 de 2015. Por otro lado, con similar sentido, el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 establece que “en ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”.

La Corte Constitucional de Colombia ha pretendido acompasar esta situación. Señaló en una primera sentencia, la C-154 de 1997, que la Constitución Política habilitaba en el artículo 2010 a que las entidades públicas puedan ejercer sus funciones administrativas a través de particulares. El elemento determinante sería que el contratista cuente con autonomía e independencia en la prestación del servicio, es decir, con un amplio margen de discrecionalidad en la forma de ejecutarlo. Años después, en la sentencia C-614 de 2009, se fijó que este contrato no podía celebrarse para la ejecución de funciones permanentes dentro de la entidad. Para determinar si se trata de funciones permanentes, se debe tomar en cuenta:

- (i) Criterio funcional: si la función contratada está referida a las que usualmente debe “adelantar” la entidad pública, deben ejecutarse mediante vínculo laboral.
- (ii) Criterio de igualdad: si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal y se cumplen los tres elementos (remuneración, prestación personal y subordinación), debe acudirse al vínculo laboral.
- (iii) Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones se asemejan a la constancia o cotidianidad que conlleva al cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral.
- (iv) Criterio de excepcionalidad: si la tarea corresponde “actividades nuevas” y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o requieren conocimientos especializados o actividades que sea necesario redistribuir por excesivo recargo laboral, puede acudirse a la contratación pública.

- (v) Criterio de continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de carácter permanente, la relación verdadera es la laboral.

¿Qué sucede si no se observaba el criterio de la temporalidad y se recurría a este contrato para el desempeño de funciones permanentes? La Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-154 de 1997 que cuando las actividades desempeñadas excedan “su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente” será necesario que la entidad adopte las medidas y provisiones para que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Constitución colombiana que se refiere a los requisitos para acceder al empleo público. Es decir, se dispone la adopción de una medida a futuro que no implica un remedio directo para el trabajador defraudado.

A criterio de Castrillón, existe una contradicción en la jurisprudencia constitucional porque, de un lado, se permite la celebración de contratos relacionados al giro ordinario, pero se restringe aquellas de carácter permanente. Señala el autor que es forzada esta interpretación dado que todas las entidades tienen propósitos previamente determinados y funciones que deben desempeñar. La asunción de nuevas tareas siempre implicará el cumplimiento de leyes o actos administrativos que comportan la realización de labores misionales. En esa medida, según el criterio de la Corte Constitucional, parecería que solo es posible acudir a la prestación de servicios para actividades que estén fuera del giro ordinario. Para Castrillón una interpretación adecuada podría consistir en que no se puedan suscribir contratos permanentes o de renovación reiterativa, pese a que las funciones sí lo sean. Pero una interpretación simple no lleva a eso sino a permitir el desarrollo de funciones misionales que por su naturaleza persisten en el tiempo, lo que es un incentivo perverso para que se extiendan de manera indiscriminada. Además, en ese contexto, no hay posibilidad de que el prestador de servicios cuente con libertad respecto del servidor de planta porque las actividades que realiza están relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad (2022, pp. 230–232).

Por otro lado, este asunto también ha sido tratado por el Consejo de Estado colombiano, que es el tribunal supremo en lo contencioso administrativo. En su jurisprudencia, se indica que el contrato de prestación de servicios faculta a la Administración a suscribirlo cuando las actividades no puedan desarrollarse por el personal de planta o se requiera conocimientos especializados, dando lugar a un contrato transitorio que no genera relación laboral alguna (Ceballos Posada, 2005, p. 16).

Frente a los supuestos de fraude en las relaciones de empleo público, el Consejo de Estado, citando a la Corte Constitucional en la Sentencia C-555 de 1994, señaló que es inaceptable que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios y el de la situación legal de un “servidor de planta” porque el empleado público está sujeto a un régimen específico. En esa medida:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de

excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuesta (subrayado agregado)

Así, en esta sentencia, el Consejo de Estado se ampara en la jurisprudencia constitucional para señalar que no es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollen una labor de un empleado público ni tampoco que se les concedan sumas equivalentes. En los casos en los que se burle el ordenamiento lo que correspondería sería la invalidación del vínculo contractual que podría decretarse de oficio, señala la alta corte colombiana. Por ello, solo cabría ordenar a título de indemnización el equivalente a las prestaciones sociales que requieren los empleados en la misma entidad "tomando como base el valor pactado en el contrato".

En una sentencia posterior, del 19 de febrero de 2009, se señaló que en los eventos en los que se declara que existe una verdadera relación laboral no hay lugar al restablecimiento del derecho, sino a la reparación del daño dado que el contratista por el hecho de realizar las mismas actividades que un empleado público no adquiere esa condición (Castrillón Arango, 2022, p. 244). A criterio del autor, esto no sería un restablecimiento del derecho si es que no se han cumplido las formalidades sustanciales para su constitución.

Finalmente, el autor señala que no se explican las razones por las que la judicatura viene concediendo prestaciones sociales iguales a las de los servidores de planta, más allá de que se ejercen las mismas funciones, sin desvirtuar el argumento que refiere a la falta de cumplimiento de las formalidades sustanciales. Es decir, en razón a que no existe una norma aplicable a los supuestos de vínculos defraudados. Por ello, dado que no se tiene derecho a percibir lo mismo que el empleado, la base debería ser los honorarios y no se podrían incurrir rubros que percibe un empleado público como la bonificación judicial (Castrillón Arango, 2022, pp. 246–246).

Las impresiones que tiene el autor son fundadas. Y es que si se está señalando que no cabe reconocer un vínculo de empleo público porque no se han cumplido las formalidades ¿cómo luego se señala que la indemnización son los montos exactos que le habría correspondido a uno? Lamentablemente, el problema se origina en que la realidad ha conllevado a una situación en la que las normas no tienen respuesta. La solución, consideramos, igualmente debería ser tal que disuada a persistir en este tipo de escenarios de defraudación del ordenamiento jurídico. La respuesta no debería estar únicamente en el campo del monto y los conceptos que comprenda la indemnización, sino también en las medidas preventivas y sancionatorias que puedan implementarse frente a los funcionarios y servidores de quienes dependen estas contrataciones, conforme se desarrollará en el capítulo siguiente.

3.3 El caso español

La situación de las relaciones de empleo público en España ha venido a ordenarse con el Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

Estatuto Básico del Empleado Público en el cual se divide al empleado público en dos grandes grupos: aquellos vinculados por una relación estatutaria de derecho administrativo y aquellos otros contratados en razón de las normas laborales. El artículo 8 de este decreto legislativo clasifica a los empleados públicos en 4 categorías que los artículos siguientes proceden a definir, a saber:

a) Funcionarios

- *Funcionarios de carrera*: vinculados por nombramiento mediante una relación estatutaria de carácter permanente sujeta al derecho administrativo. Solo ellos pueden desplegar funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en salvaguardia de intereses generales del Estado.
- *Funcionarios interinos*: son nombrados temporalmente por razones de necesidad y urgencia para el desempeño de las funciones de los de carrera. Son causas de que se acuda a este recurso:
 - Existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera en virtud del procedimiento normativamente establecido —interinidad por vacante—. Duración límite, sujeta a unas condiciones, es de 3 años.
 - Sustitución transitoria de los funcionarios de carrera titulares de un puesto de trabajo —interinidad por sustitución—. La duración será la que determine el régimen jurídico que regula la ausencia con derecho a reserva del puesto de trabajo del empleado sustituido.
 - Ejecución de programas de trabajo temporal. No puede durar más de 3 años.
 - Exceso de acumulación de tareas. Plazo máximo de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses.

b) Personal laboral: Desempeña su actividad profesional en razón de un contrato de trabajo formalizado por escrito en razón de cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral. Se regulan por la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En virtud de esta ley, a su vez, se subdividen en (Sánchez García, 2020, pp. 172–183):

- Trabajadores fijos: aquellos que realizan funciones en el seno de la Administración pública con carácter indefinido. Cuentan con las previsiones de estabilidad de los funcionarios de carrera. Así, ante un despido improcedente, les corresponde la readmisión
- Trabajadores temporales: procede ante causas excepcionales previstas en la ley que coinciden con las del Estatuto Básico del Empleado Público. Al terminar el contrato, excepto en los casos de interinidad por vacante o sustitución y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización
- Trabajadores indefinidos no fijos: esta es una construcción jurisprudencial. Ha sido creada fruto del fraude y el abuso en la

contratación temporal por la Administración pública. Ahondaremos más en los siguientes puntos.

- c) Personal eventual: Nombrado mediante libre designación y con carácter no permanente para realización de funciones de confianza o asesoramiento especial. El nombramiento y cese es libre y tendrá lugar en todo caso cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

Así como se ha dicho en las experiencias peruana, argentina y colombiana, para el caso español también puede predicarse que las figuras de los regímenes temporales o interinos de empleo público han desbordado con creces su finalidad jurídica o de gestión; las que se conjugan con otras fórmulas precarias de contratación irregular o fraudulenta de personal de confianza o de asesoramiento, de contratación administrativa, de becarios o los trabajos temporales de colaboración social. En los años 2003 y 2004 sendos informes del defensor del Pueblo y el Consejo Económico y Social concluyeron que el porcentaje de precariedad excedía con creces el umbral de lo razonable y adecuado, llegando hasta el 22.80 % (Boltana I Bosch, 2005, pp. 185–186).

Ahora bien, la situación de fraude en el empleo público que ha trabajado la jurisprudencia española es la del personal laboral temporal y, en menor medida, del personal funcional interino. En el caso del personal laboral temporal la jurisprudencia se ha decantado por crear la figura del “indefinido no fijo” como categoría no normativa provisional.

Nos explicamos: como en las anteriores experiencias comentadas, no hay norma sancionadora de las situaciones de fraude a la ley. Desde la jurisprudencia, se ha reconocido la práctica habitual de cobertura de puestos de trabajo permanentes mediante el abuso del empleo temporal. Pero la particular condición del empleo público hace más complejo la reacción frente al fraude en la contratación temporal de lo que será en el sector privado por las siguientes razones que recoge Sánchez García (2020, pp. 161–163):

- Especiales requisitos para el acceso al empleo público
- Mayor estabilidad en el concepto de empleado público, de modo que no cabe terminación por decisión unilateral
- Diversos tipos de empleados públicos y “órdenes jurisdiccionales encargados de su control”: el social (laboral) y el contencioso administrativo
- La presencia de lagunas jurídicas en determinados tipos de empleados públicos
- Las sanciones por esta “práctica habitual” recae en el erario público

Para el caso español, es preciso destacar que, en razón de su pertenencia a la Unión Europea, les vincula la Directiva 1999/70/CE que insta a los Estados miembros a adoptar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento al Acuerdo Marco adoptado por la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa y el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos. En este acuerdo, se estipuló en la cláusula

4.1. que estaba prohibido dar un trato menos favorable en condiciones de trabajo a quienes tienen uno de duración determinada frente a los fijos, ya sean por contrato o nombramiento, salvo que ello esté fundado en razones objetivas. Y, por su parte, en la cláusula 5 se insta a los Estados miembros a implementar medidas de prevención frente al abuso de la temporalidad como:

- Expresar las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales
- Determinación de la duración máxima total de los sucesivos contratos temporales
- Determinación del número de renovaciones máximas

Frente a la situación del fraude en la contratación temporal para los contratados por la Administración bajo las normas del Estatuto de los Trabajadores, veíamos que se creó la figura de los indefinidos no fijos. Esta se erigió como sanción a las administraciones públicas que empleaban en fraude a la ley la figura del personal laboral temporal. Es decir, son trabajadores que les habría correspondido una relación laboral indefinida. En estos casos no se les concede un derecho de estabilidad laboral absoluta, sino que se transforma la relación determinada por una indefinida a cuya resolución unilateral corresponde que la administración otorgue la indemnización de ley (Sánchez García, 2020, pp. 177–178). Esto es, los efectos sancionatorios son dos: (i) convertir al empleado en un trabajador laboral indefinido no fijo. Condición laboral provisional y (ii) acaecida la conversión, su forzada extinción solo cabrá en virtud de una decisión unilateral de la Administración empleadora que será entendida como despido, sujeta a la indemnización correspondiente.

En la sentencia del Tribunal Supremo español 3307/1995 del 7 de octubre de 1996 se señala que la conversión del contrato temporal celebrado en fraude de la ley daría lugar a otro de carácter indefinido, pero sin los derechos de permanencia en el puesto de trabajo respecto del personal laboral fijo que había accedido por medio de los canales ordinarios de mérito y capacidad (f. j. 2); así, no supone que el trabajador consolide sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en la plantilla, siendo posible extinguir el contrato pero dando lugar a derechos indemnizatorio de cualquier trabajador en las mismas circunstancias (f. j. 4). Se daría así una figura en virtud de la cual se armonizarían los principios.

En tal virtud, la situación del fraude en la utilización del personal laboral temporal ha quedado solucionada con la figura del indefinido no fijo. Repárese cómo al igual que en el caso argentino y en el caso colombiano no se ha optado por conceder la estabilidad laboral que le habría correspondido a uno que ingresó desde un inicio en virtud de un concurso público a ser personal fijo. La tutela que se está concediendo es la indemnizatoria.

Pues bien, caso distinto es el del abuso de la contratación temporal del personal funcionario interino, el cual presenta ribetes aún problemáticos. En una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que, si no se apreciase la existencia de ninguna medida efectiva para evitar el abuso de la temporalidad, se daría lugar a una situación

contraria al “objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco” (apartado 49). Este exige se garanticen medidas de prevención y sanción con la independencia de calificación en el derecho interno. Así el TJUE sugiere extrapolar o aplicar analógicamente el régimen jurídico del personal laboral temporal de las administraciones públicas. En virtud de ello se expidieron sentencias por las que se optó por aplicar por analogía al ámbito de la relación estatutaria la solución al personal laboral. Esta decisión fue casada y conllevó al pronunciamiento del Tribunal Supremo español en la sentencia 1426/2018 en el que se concluyó que no se ha de proceder a la aplicación analógica de la normativa laboral y de su desarrollo jurisprudencial, dado que corresponde aplicar el artículo 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y anular el acto administrativo que declaraba la finalización de la relación de interinidad funcional sobre la base del motivo declarado fraudulento. El trabajador se mantendría en dicha situación hasta la necesidad estructural del puesto de trabajo y su inclusión en la correspondiente oferta de empleo, a salvo de una posible justificación de la reclasificación del trabajador en alguno de los casos de interinidad. O bien determinar la existencia de plazas vacantes ante la imposibilidad de su cobertura por funcionarios de carrera. De esta manera, el alto tribunal de España rechaza la equivalencia de indemnizaciones entre las relaciones laborales y de empleo público. Esta deberá atenderse exclusivamente a los daños y perjuicios ligados y causados por el concreto fraude de temporalidad (Sánchez García, 2020, pp. 192–194).

En opinión de Sánchez García, el planeamiento de la necesidad estructural o no de la plaza ya ha sido dilucidado con la propia existencia de la situación de fraude y abuso de temporalidad que es reconocida por el juez, por lo que no es necesario iniciar una fase administrativa posterior. Asimismo, señala el autor, que la anulación del acto administrativo y el mantenimiento del trabajador en una relación funcional temporal o provisional no puede constituir por sí misma una sanción, ya que el status del trabajador no varía. Así, en el caso del trabajador indefinido no fijo el plus está en la obtención de un derecho a las indemnizaciones. Entonces es ineficaz el abuso de la temporalidad con la transformación de la relación en otra figura temporal o provisional que podrá ser libremente cesada por el empleador. Por su parte, la indemnización aludida por el Tribunal Supremo requeriría una probanza diabólica —afirma— consistente en los salarios de trámite desde la fecha del cese hasta la sentencia que declare su nulidad. La cuantía indemnizatoria sería reducida, consistente en la reparación del daño del que se aprovechó la Administración, sin el elemento punitivo que va más allá de la reparación. Una posible corrección que propone el autor es la del Tribunal de Justicia del País Vasco de trasladar al personal funcionario y estatutario del régimen jurídico previsto en este aspecto para el personal laboral (2020, p. 194 y ss.).

—oOo—

La salida que plantea Sánchez García a partir de lo dicho por el tribunal del País Vasco resulta interesante. Se ha visto con el caso colombiano los problemas que conlleva una indemnización de daños y perjuicios cuantificada caso a caso. ¿Qué conceptos que debieron integrar el salario y sus complementos deben tomarse como referencia? Esta es la ventaja que conlleva una indemnización tasada para un trabajador despedido. Como dice Ramírez Bosco citado por Blancas Bustamante, “la laboral es

una indemnización tarifada, para así evitar al trabajador los problemas normales de prueba sobre la importancia de sus perjuicios” (2022, p. 332).



CAPÍTULO 3

PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS: IDEAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA

1. LA NECESARIA UNIFORMIZACIÓN DE LOS RÉGIMENES GENERALES COMO PRESUPUESTO

Anteriormente hemos visto cómo en el empleo público peruano existe una multiplicidad de regímenes: cuatro generales y múltiples especiales, a los que se agrega la provisión de mano de obra mediante un contrato supuestamente autónomo de prestación de servicios. La realidad no podría ser más dispar. Esto determina que frente a una actividad semejante realizada por servidores con características sustancialmente iguales se les esté aplicado un ordenamiento jurídico distinto, con derechos diferenciados y características igualmente disímiles. Esto no responde a ningún objetivo racional, sino que es fruto de la evolución reactiva y no planificada del empleo público peruano al que se le han incorporado paliativos sin mirada de largo plazo y se le han aplicado reformas aun incompletas.

Ahora bien, el centro de esta investigación es el estudio del abuso de la contratación temporal y fraudulenta que se realiza a través del contrato de prestación de servicios y el contrato administrativo de servicios —este último modulado con la última modificación sobre su duración en 2020—. La causa inmediata y directa es la prohibición sostenida de las leyes de presupuesto de contratar personal de planta. Así, pues, en la Ley de Presupuesto del Año Fiscal 2023 se dispone expresamente que se prohíbe a todas las entidades públicas la incorporación del personal por servicios personales —entiéndase dependientes o subordinados— y el nombramiento —propio del régimen del D. Leg. 276—, salvo los casos de designación en cargos de confianza y directivos de libre designación y remoción o el reemplazo o suplencia de los servidores, principalmente. Esto quiere decir que no cabe la contratación de nuevo personal, adicional al existente, en los regímenes de los D. Leg. 276 y 728²⁹, en tanto se implemente la Ley 30057. Situación aparte es el del ingreso de personal por mandato de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada que está expresamente contemplada como una excepción, que ciertamente no depende de la decisión de las entidades, sino que es un acto en cumplimiento de un mandato jurisdiccional.

En ese orden de ideas, tenemos que el régimen CAS tiene como única razón de ser la conjura de los efectos de la contratación autónoma fraudulenta mediante un régimen a medio camino y con derechos recortados. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha validado su constitucionalidad amparándose en la excepción creada por la propia norma legal, aun cuando el parámetro de control debía ser la Constitución.

²⁹ En el Informe Técnico 224-2018-SERVIR/GPGSC, se comenta una prohibición casi idéntica de la Ley 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018. La referencia a “prohibición del ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento” está vinculado a la contratación de personal sea a través del régimen laboral público o del régimen laboral de la actividad privada.

En los siguientes subacápites se expondrán las razones por las que resulta necesario apuntar decididamente por la uniformización de los regímenes para enfrentar eficazmente la informalidad en el empleo público peruano.

1.1 El derecho a la igualdad en el empleo público

La nota característica del empleo público —entendido como servicio civil en la nueva normativa peruana— es su obligada mirada en el interés público, en la sociedad. Los fines del Estado se materializan a través del conjunto de servidores públicos que le prestan servicios. Esto lo distingue del empleo que se presta en el ámbito de los privados; el empleador puede tener una mirada de pura satisfacción de su interés particular o bien una altruista que se proyecte a la sociedad; pero esto es meramente contingente y en nada incide en la esencia de la relación laboral. Este no es el caso de la función pública, la cual está “al servicio de la Nación” tal y como dicta la Constitución. Como se señalaba en el capítulo 1, el empleador no es la sociedad o la nación, sino una determinada entidad pública, pero con ello lo que se está evocando es que el resultado mediato del trabajo desplegado es en beneficio de la colectividad.

Teniendo claro que esta es la nota característica del empleo público, esto no debe soslayar que este está integrado por personas titulares de derechos fundamentales tan iguales como los de la ciudadanía a la cual se deben; en otras palabras, también son el centro de interés del Estado y constituyen su fin último.

Esto, en el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos, es definido como el enfoque o perspectiva de derechos humanos. Por ello, el universo de servidores civiles no solo debe ser visto desde la óptica de lo que es mejor para el cumplimiento de los fines del Estado, sino reconociendo que está integrado por seres humanos y que toda intervención pública debe partir por su realización, identificando cuáles son los derechos que les asisten y las obligaciones que le corresponden al Estado de acuerdo con la Constitución Política leída en clave de las convenciones y tratados internacionales.

Esta mirada está puesta en el reciente Informe Final de la “comisión multisectorial”³⁰ conformada por el Poder Ejecutivo por Resolución Suprema 124-2022-PCM en el cual se recomienda (2022, p. 54 y ss.):

Revisar el enfoque del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH):

- Teniendo en cuenta la problemática detallada en el presente informe, respecto a la gestión que SERVIR ha desarrollado para implementar el SAGRH y con el objetivo de optimizar la eficiencia de la gestión pública, considerando el enfoque de preservación de los derechos laborales, socio laborales, de seguridad y salud en el trabajo, entre otros, que resulten conexos, es necesario que se analice, revise y se dé una reforma

³⁰ Comisión Multisectorial encargada de elaborar un Informe Técnico que contenga una evaluación del proceso de implementación de la reforma del servicio civil, así como una propuesta de acciones y medidas para coadyuvar a su plena implementación y avance, y al funcionamiento de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR.

integral del actual Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, a fin de reestructurarlo, incluyendo un enfoque de derechos que resulte inclusivo para los servidores públicos y los coloque en una misma plataforma de derechos que permita su desarrollo, tan igual que los trabajadores del ámbito privado. (Subrayado agregado)

Al hilo de lo señalado, consideramos que el enfoque de derechos debe predicarse no solo al interior del SAGRH sino en las bases mismas, en la normativa que regula el ingreso de personal a formar parte del empleo público. Ya hemos visto cómo un principio que tiene directa incidencia para el acceso es el de igualdad de oportunidades. Pero, así como debe existir igualdad en el acceso, debe predicarse durante el devenir de la relación de empleo público. Esto es lo que se conoce como igualdad en la ley, que es la primera y más básica de todas. Constituye un límite al legislador y, a la vez, un mandato por el cual las personas deben tener un trato igual ante supuestos de hecho iguales aplicándoseles las mismas consecuencias jurídicas.

El régimen CAS no tiene un ámbito de aplicación distinto al de quienes están sujetos a los regímenes de los decretos legislativos 276 o 728. No es tampoco un régimen que eventualmente vaya a reemplazarlos. Es un régimen creado expresamente para aliviar la situación de la contratación de servicios no personales y que debió ser temporal como lo indica la Ley 29849. Pero su provisionalidad se ha vuelto permanencia. Por ello, resulta imperioso que se implemente un régimen único —en este caso en curso el del servicio civil— que termine con la distinción entre modalidades de contratación.

La experiencia comparada nos anuncia que la informalidad viene de la mano con el abuso de las modalidades de contratación temporal. Por ello, la habilitación de este tipo de modalidades de vinculación debe estar concretizada a supuestos meridianamente claros y específicos y que operen como excepción al régimen indeterminado. Desde la mirada de la función pública, la estabilidad en el cargo contribuye en la garantía de libertad de los servidores de toda injerencia o presión política, dado que su permanencia no depende de la alineación con los intereses coyunturales. Y desde la óptica de la protección que debe concederse a una relación subordinada, se tiene la garantía del principio de continuidad que mediatiza la interrupción voluntaria del vínculo por el empleador. Además, si de antemano pudiera definirse sin límite alguno el tipo de duración de una relación subordinada, esta siempre sería a plazo determinado porque es la opción que mayor flexibilidad concede a la parte empleadora y que, en ejercicio de su poder asimétrico, tiene suficiente margen para imponerla.

Por ello, la legislación no puede fomentar vínculos de plazo fijo. En esa línea, es de destacar que el propio Tribunal Constitucional, al pronunciarse en la sentencia sobre la Ley 31131, solo haya declarado inconstitucional todas aquellas disposiciones que implicaban un costo para el Estado no previsto y el cual está vedado crear al Congreso, pero haya mantenido aquella que convertía en relaciones a plazo indeterminado todos los contratos administrativos de servicios previos a la expedición de dicha ley. La propia norma hace referencia a que los contratos administrativos de servicios son de carácter indefinido en tanto se cumpla la incorporación que señala el artículo 1, es decir, se

refiere a aquellos trabajadores que desarrollan labores permanentes contratados bajo el régimen CAS.

Sobre este punto, el Informe Técnico 001479-2021-SERVIR-GPGSC fija que los contratos administrativos que desarrollan labores permanentes son de plazo indeterminado, a excepción de aquellos que fueron contratados para desempeñar labores transitorias, de suplencia o cargos de confianza. Entre las labores de necesidad transitoria detalla —consolidando lo señalado en los decretos legislativos 276 y 728— los trabajos para obra o servicio específico; las labores ocasionales o eventuales de duración determinada; las labores por incremento extraordinario y temporal de actividades; las labores para cubrir emergencias; las labores en programas y proyectos especiales que mantienen vigencia en tanto la mantenga la entidad; y cuando una norma con rango de ley que autorice una contratación temporal para un fin específico. Lo natural debiera ser que estas modalidades de contratación temporal tengan un plazo máximo porque de lo contrario serían nuevamente un vehículo para la renovación fraudulenta indefinida que no tengan ningún sustento razonable.

Por ello, llama la atención la formulación imprecisa y sumamente abierta con la que la Ley 30057 habilita la contratación de servidores de actividades complementarias. En el artículo 76 se señala que los servidores civiles de este tipo de actividades pueden ser contratados a plazo indeterminado o plazo fijo. Los de plazo fijo proceden para la ejecución de proyectos o servicios específicos. Y los contratos culminan con su terminación, con el cumplimiento de la condición resolutoria o el vencimiento del plazo previsto en el contrato.

Esto quiere decir que estos contratos a plazo fijo pueden concluir mediante un plazo determinado —cuando se especifica en el contrato la fecha de término exacta o el mecanismo de cálculo para llegar a ella— o un plazo indeterminado —un evento cierto en su ocurrencia, pero incierto en la oportunidad—; esto último sería cuando concluya la referida obra o servicio específico. Pero lo alarmante es que se habilita también la condición resolutoria —evento cuya ocurrencia es incierta—; esto quiere decir que un servidor de actividades complementarias podría estar vinculado hasta que suceda un evento que no se sabe con claridad que vaya a ocurrir o no; mayor inestabilidad e incertidumbre para un trabajador que esta no puede haber.

Por otro lado, es de destacar que la sola referencia a contratos de plazo fijo para “proyectos o servicios específicos” puede llevarnos a interpretaciones maliciosas que ya hemos experimentado en el ámbito de las relaciones entre privados. Este tipo de referencias no delimitan si operan ante actividades o necesidades transitorias —extraordinarias— o permanentes —ordinarias—; estas segundas sí pueden generar varios problemas en la medida que cabría fragmentar en proyectos o servicios determinados o específicos las funciones permanentes de una entidad pública. En esa medida, únicamente debería estar pensado este tipo de contratos a plazo fijo para funciones transitorias o esporádicas, ajenas a las funciones misionales propias de la entidad. Para estas ideas, nos basamos en lo expuesto por Arce para la obra determinada y servicios específico y los riesgos que tiene una lectura expansiva (Arce Ortiz, 2021, pp. 162–163).

Por estas razones, a fin de afrontar la informalidad laboral en el sector público y combatir las prácticas fraudulentas que se vienen dando, es necesario contar con un ordenamiento jurídico coherente que delimite claramente un único régimen de carrera administrativa —que de suyo viene con garantía de estabilidad laboral— y supuestos de excepción distintos de naturaleza temporal frente a necesidades igualmente transitorias. Mientras exista la opción para contratar temporalmente por supuestos ambiguos habilitantes el problema se replicará constantemente. La legislación no es la solución de todos los males y la actividad de supervisión y fiscalización que deba realizarse y la tutela que conceda el ordenamiento jurídico, principalmente a través de la función jurisdiccional, es su vehículo de materialización.

1.2 La modernización de la gestión pública de los servidores civiles

De la reforma del servicio civil chileno puede tomarse como lección que existe una directa vinculación entre esta y la capacidad de acción del Estado. Así Fukuyama, citado por Cortázar (2011), señala que en un Estado existen dos dimensiones conceptuales de los procesos de reforma: una vinculada a la labor estatal y otra a su fortaleza. La primera está vinculada al conjunto de responsabilidades que le competen a un Estado —que puede oscilar entre un Estado de bienestar o prestacional y uno mínimo— y está asociado a la coyuntura política que depende de las preferencias electorales. La segunda, en cambio, está vinculada a la capacidad de los Estados para planificar y ejecutar políticas. Está referido al desarrollo o crecimiento de las capacidades institucionales. Cortázar destaca que este fue el caso de Chile en el que se emprendió una serie de medidas para elevar la capacidad de acción de las entidades públicas. Una de ellas fue la reforma del servicio civil que tuvo como influencia el *Civil Service* anglosajón. Se buscó establecer medidas para garantizar la reducción de la discrecionalidad del Gobierno en relación con los cargos directivos (2011).

El Estado peruano también ha sido partícipe de los procesos de reforma hacia un modelo de nueva gestión pública. El proceso de modernización e institucionalidad pública que se emprendió desde el 2000 tuvo como eje a la reforma del empleo público. Así, fue expedida la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado que declaró al Estado peruano en proceso de modernización con el objetivo de obtener mayores niveles de eficiencia en el aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos. Para ello, uno de sus objetivos es alcanzar un Estado con servidores públicos calificados y adecuadamente remunerados. Asimismo, uno de sus principios es la revalorización de la carrera pública, con énfasis en el principio de la ética pública y la especialización y el respeto al Estado de derecho. A contracorriente de dicha revalorización, fue que se aprobó el régimen CAS que, se ha expuesto, justamente no pertenece a un sistema de carrera administrativa y actualmente representa el 23 % del total de personas al servicio del Estado.

Muchos años después fue expedida en 2013 la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública³¹ —ya reemplazada—, la cual fijó como una de las

³¹ Aprobado por Decreto Supremo 004-2013-PCM.

principales deficiencias de la gestión pública en el Perú la inadecuada política y gestión del personal público:

- Coexistencia de distintos regímenes.
- Falta de un marco legal e institucional que, en lugar de otorgar la flexibilidad que se necesita para atender las diferentes necesidades de contratación de personal de entidades heterogéneas, trata de estandarizar todos los aspectos críticos de una adecuada gestión del personal.
- Inadecuada determinación de los perfiles de puestos y el número óptimo de profesionales requeridos por cada perfil.
- Inadecuados procesos de planificación, selección, contratación, evaluación del desempeño, incentivos, desarrollo de capacidades y desincorporación de las personas.
- Ausencia de políticas de capacitación y de desarrollo de capacidades y competencias, ya sea porque las autoridades no valoran la gestión del personal o porque la entidad no cuenta con recursos para ello.
- Ausencia de políticas claras de desarrollo de capacidades.
- Decisiones adoptadas de manera unilateral por cada sector y organizados por sus necesidades de corto plazo.

La apuesta central de la política nacional de modernización fue alcanzar una gestión pública orientada a resultados al servicio al ciudadano; esto es, una en la que funcionarios y servidores públicos calificados y motivados se preocupan por entender las necesidades de la ciudadanía y organizan los procesos de producción o actividades y los procesos de soporte con el fin de transformar insumos en productos que arrojen como resultado la mayor satisfacción de la ciudadanía, garantizando sus derechos y al menor costo posible. Uno de los componentes de esta apuesta por la gestión pública orientada a resultados era el servicio civil meritocrático que se erigía sobre tres atributos fundamentales: (i) la responsabilidad ante las autoridades democráticamente elegidas, (ii) la independencia política respecto de intereses particulares y (iii) la capacidad técnica para desarrollar políticas eficaces.

Ahora bien, este pilar central tuvo como lineamiento que el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos asegure la profesionalización de la función pública a fin de contar con funcionarios y servidores idóneos para el puesto y las funciones que desempeñan. Según estuvo formulada la política, este objetivo se lograba, entre otros, a través de impulsar las reformas que viene implementando la Autoridad Nacional del Servicio Civil en el Perú en el marco de la nueva Ley del Servicio Civil.

Han pasado diez años desde que se expidió esa política pública y los resultados de la implementación de la Ley del Servicio Civil no evidencian ningún avance significativo. El citado informe de la comisión multisectorial de julio 2022, a partir de la información proporcionada por Servir, de las 1855 entidades dentro del alcance del tránsito, solo el 27.5 % (511) están en proceso de tránsito. Sin embargo, solo 14 entidades han logrado culminar el proceso de tránsito, las que representan apenas el 0.8 % del número total de entidades (Comisión Multisectorial encargada de elaborar un

Informe Técnico que contenga una evaluación del proceso de implementación de la reforma del servicio civil, así como una propuesta de acciones y medidas para coadyuvar a su plena implementación y avance, 2022). Tal y como se ha explicado anteriormente, el tránsito solo es de la entidad pública y no determina el cambio de sus servidores, el cual es voluntario.

Las estadísticas presentadas en el capítulo 1 evidenciaron cómo desde el 2013, en que se aprobó la mentada Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, el número de personal CAS y prestadores de servicios —sumados frente al total de trabajadores de planta— pasó del 26.9 % al 35.2 %, es decir, aumentó en más de 9 puntos porcentuales. Este grupo representa a trabajadores sin carrera, sin progresión y hasta hace no mucho sin estabilidad laboral, estando sujetos a las presiones de la Administración para el ingreso y la renovación, de un lado; y, del otro, a las personas vinculadas por locación de servicios, quienes realizan labores propias de las funciones misionales, pese a que no ingresaron propiamente a la función pública mediante un proceso abierto y meritocrático. El problema es tanto para el servidor en la sombra que carece de derechos mínimos, volviendo a la situación de los orígenes del derecho del trabajo, como para la Administración pública que no cuenta con personal necesariamente calificado.

Recientemente, en agosto 2022, al mes de ser emitido el informe de la comisión multisectorial, se ha aprobado una nueva Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública, esta vez al 2030³². El problema público identificado es “Bienes, servicios y regulaciones que no responden a las expectativas de las personas y a la creación de valor público” el que tiene como una causa directa 3 “limitada capacidad de gestión interna para generar bienes y servicios de calidad”. Esta, a su vez, nuevamente hace referencia a las deficiencias del servicio civil peruano. Una de sus causas indirectas es (C 3.8) la inadecuada gestión de los recursos humanos cuya alternativa de solución es el aseguramiento de la implementación de la Ley del Servicio Civil y, para la segunda, el fortalecimiento. En esa misma línea, el objetivo prioritario 2 “Mejorar la gestión interna en las entidades públicas” tiene como indicador “porcentaje de servidores civiles incorporados al régimen del servicio civil”, lo que se traduce, entre otros, en el lineamiento 2.9 de “implementar el régimen del servicio civil en las entidades públicas”.

La implementación de la Ley del Servicio Civil —como vía para la de ordenación de los regímenes de empleo público existentes en uno único de carrera administrativa como dicta la Constitución— es, desde nuestro punto de vista, el presupuesto necesario para combatir esta situación de informalidad en el empleo público peruano, el cual abusa de la contratación temporal y fraudulentamente autónoma. Pero para ello, es necesario que la legislación habilite reglas claras para la vinculación del personal con la Administración pública. Mientras existan regímenes anacrónicos —D. Leg. 276— o distantes de la lógica pública —D. Leg 728— y la limitante en todas las leyes de presupuesto para contratar personal de planta, la necesidad de garantizar la continuidad de las funciones públicas y la prestación de los servicios a la ciudadanía conllevará a

³² Aprobada por Decreto Supremo 103-2022-PCM.

recurrir a los mecanismos de contratación administrativa de servicios y de prestación de servicios. Por ello, es rescatable que en las políticas nacionales se priorice la reforma del servicio civil. El Estado peruano es pródigo en contar con políticas y objetivos —la propia Política General de Gobierno 2021-2026 contempla como uno de sus lineamientos el fortalecer los sistemas de la Administración pública y del servicio civil—, pero permanentemente ineficaz para llevarlos a cabo³³.

Por eso, para darle impulso a la reforma, debería establecerse sin excepción que (i) las entidades ingresen al nuevo régimen del Servicio Civil y (ii) que toda nueva contratación para labores permanentes y subordinada únicamente pueda darse en el marco de este nuevo régimen, de modo tal que con el paso del tiempo aquellos trabajadores de los regímenes de los decretos legislativos 276 y 728 que no opten por migrar por no serles atractivo, se reduzcan con el paso del tiempo.

2. LA ADECUADA TUTELA FRENTE A LA RELACIÓN SUBORDINADA OCULTA

Hemos visto en el capítulo anterior cómo la jurisprudencia constitucional ha tenido un viraje desde la readmisión en el empleo o su reparación mediante otra vía. Así también la Corte Suprema ha asumido sus propios criterios, distanciándose muchas veces del criterio de la justicia constitucional, hasta finalmente tener una postura común.

La desnaturalización puede discutirse en un proceso declarativo, mientras el vínculo fraudulento se mantiene aún vigente y la pretensión sea la de ser incorporado en los regímenes que le corresponden a la entidad empleadora. La otra opción es que la discusión sobre la desnaturalización se dé luego que el vínculo fraudulento haya culminado y, entonces, la pretensión del demandante sea que primero se declare, por primacía de la realidad, la existencia de una relación subordinada de empleo público en los hechos y segundo se peticione la readmisión en un puesto de trabajo equivalente en tanto que el despido no estuvo fundado en justa motivo. Esto es, la segunda opción —que es la ampliamente recurrente en la práctica— combina la aplicación del principio de primacía de la realidad para que se califique adecuadamente el vínculo que existía en los hechos con el derecho a la estabilidad laboral que es consecuente del vínculo anterior.

Los supuestos en los que puede presentarse esta pretensión, circunscrito a los contratos analizados en esta investigación, son múltiples:

- a) La persona presta servicios mediante un contrato civil fraudulento ante una entidad sujeta al régimen del D. Leg. 276.
- b) La persona presta servicios mediante un contrato civil fraudulento ante una entidad sujeta al régimen del D. Leg. 728.
- c) La persona prestaba servicios mediante un contrato civil fraudulento y luego es contratada mediante un contrato administrativo de servicios ante una entidad sujeta al régimen del D. Leg. 276.

³³ En esa línea, compartimos la posición del informe final de la comisión multisectorial en el cual se recomienda simplificar el proceso de tránsito de las entidades a la Ley del Servicio Civil.

- d) La persona prestaba servicios mediante un contrato civil fraudulento y luego es contratada mediante un contrato administrativo de servicios ante una entidad sujeta al régimen del D. Leg. 728.
- e) La persona presta servicios desde el inicio mediante un contrato administrativo de servicios y al concluir este continúa prestando labores sin haber suscrito uno nuevo.

En lo sucesivo se analizarán los posibles fundamentos que conlleven a optar por la tutela mediante la reposición o la indemnización en el sector público

2.1 La tesis a favor de la incorporación en el empleo público en forma indefinida

El principio de primacía de la realidad tiene una indiscutida aplicación en las relaciones laborales privadas como en las de empleo público. Su aplicación directa no está discutida en sede nacional. La pregunta recae en el alcance que esta debe tener, si debe ser el mismo que en las relaciones entre privados.

La estabilidad laboral, como se ha visto, tiene un contenido aún más fuerte en el ámbito de la función pública que en el de las relaciones entre privados, justamente por la lógica de gozar de permanencia y no estar sujeto a los vaivenes de las presiones políticas o de intereses particulares. En esa medida, si para las relaciones privadas se ha previsto que, frente a una prestación personal de servicios, remunerada y subordinada se presume que el vínculo es indeterminado (art. 4 de la LPCL), la consecuencia debería ser por lo menos del mismo nivel en las relaciones de empleo público.

Ante el término de un vínculo civil, por antonomasia de naturaleza temporal, ya sea por vencimiento del plazo o de la condición, no habría inconveniente alguno, pues el derecho civil repudia las relaciones vitalicias o indefinidas; se considera una limitación desmedida a la libertad contractual. Ello no ocurre en las relaciones de trabajo en las que rige el principio de continuidad. Por ello, cuando el reputado vínculo civil en realidad encubre en los hechos una relación subordinada, dicho vencimiento del plazo adquiere un contenido diferente: el de un despido *ad nutum* o sin causa. Sobre ello, nuestra jurisprudencia constitucional según se ha visto, interpretando las dimensiones del derecho fundamental al trabajo, ha fijado que corresponde al trabajador optar por la readmisión en el empleo o pretender una indemnización. A igual razón, si el vínculo defraudado no es el de una supuesta prestación de servicios sino la real ejecución de funciones propias de un servidor, entonces corresponde que le asistan las garantías y protecciones que tiene este tipo de trabajadores, como es el de la estabilidad absoluta, la cual solo puede enervarse por causales específicas contenidas en la ley, como ocurre cuando media un procedimiento administrativo disciplinario desfavorable para el servidor. Ahora bien, para sostener esta tesis de incorporación en forma indebida debe partirse del presupuesto que la función pública no distingue entre los regímenes de empleo público, dado que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, independientemente de la normativa que recubre la vinculación todos los servidores que ejercen función pública son servidores públicos. Por ello, siempre que se haya presentado una situación de desnaturalización de un contrato civil, este, por imperio del derecho, ya habría sido transformado en uno de carácter indeterminado y

correspondiente al régimen de empleo público que le aplica a la entidad empleadora y que no podría ser luego “novado” o “reconducido” en uno que conceda menores derechos y de naturaleza transitoria como es el contrato administrativo de servicios.

De otro lado, en los casos en los que el vínculo del servidor con la entidad pública haya iniciado a través de un contrato administrativo de servicios temporal, como lo fue exclusivamente hasta el 2020, y este continuaba prestando servicios luego de concluido, estaríamos en un supuesto aún más precario que en el del párrafo anterior: habría una prestación personal de servicios, remunerada y subordinada pero que ni siquiera tendría el ropaje de una vinculación civil, sino que no estaría cubierta por ninguna formalidad. Lo natural, como contempla la LPCL, es reputar la relación como indefinida y le aplicaría el régimen propio de la entidad para la cual se está laborando materialmente. Sin embargo, la discusión se empantana cuando vemos que en el reglamento del D. Leg. 1057 —ni siquiera en la ley—, con la redacción basada en la regulación anterior a la modificación de 2020, se señala que:

Artículo 5.- Duración del contrato administrativo de servicios

5.1. El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal y debe formalizarse por escrito antes del vencimiento del plazo del contrato o de la prórroga o renovación anterior.

5.2. En caso el trabajador continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación, el plazo de dicho contrato se entiende automáticamente ampliado por el mismo plazo del contrato o prórroga que esté por vencer, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los funcionarios o servidores que generaron tal ampliación automática. Para tal efecto, la entidad contratante informa al trabajador sobre la no prórroga o la no renovación, con una anticipación no menor de cinco (5) días hábiles previos al vencimiento del contrato.

Este artículo merece varios comentarios a la luz de la tesis que aquí se está desarrollando. Primero, que el reglamento ha quedado desfasado en correspondencia con el vigente artículo 5 del D. Leg. 1057, el cual señala que el contrato administrativo de servicios es de tiempo indeterminado, salvo que se contrate para labores de necesidad transitoria o de suplencia; por eso deberá entenderse que solo es determinado cuando medien los supuestos de necesidad transitoria y suplencia. Además, que no podrá superar el año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación. Empero habría quedado derogado tácitamente la referencia a que puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad, toda vez que si corresponde una relación indeterminada no se requerirá renovación anual y si es determinado por responder a una necesidad transitoria entonces no podrá ser renovado cuantas veces la entidad requiera sino en tanto se mantenga la necesidad transitoria. Huelga decir que la falta de plazos máximos o referenciales de cuánto deberá durar un

contrato por tales necesidades transitorias pueden conllevar a contrataciones temporales indefinidas fraudulentas como ha sucedido en España con los funcionarios y contratados interinos.

Segundo, cabe preguntarse qué sucedería si un contrato se suscribe como determinado, pero en la práctica responde a una necesidad permanente, por ejemplo, la ejecución de funciones misionales propias de la entidad que no se agotan en un espacio de tiempo específico o por una coyuntura que exija una demanda adicional anormal. En aplicación del principio de primacía de la realidad deberá entenderse, según el artículo 5 del D. Leg. 1057 que estamos ante una relación indeterminada.

Tercero, una mirada delicada requiere el segundo párrafo (el 5.2) del artículo citado del reglamento. ¿Qué consecuencia jurídica corresponde a la situación de que se siga laborando después que el contrato ha vencido? Como se vio en el capítulo anterior, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral de 2014, se fijó la regla que “no existe invalidez de los contratos administrativos de servicios suscritos (entendemos porque no existía causal de que hayan sido celebrados en contradicción al ordenamiento, esto es, que mientras estuvieron vigentes no tenían vicio alguno); sin embargo, esta circunstancia no origina la prórroga automática del contrato CAS suscrito y se entiende que la relación laboral posterior fue o es, según sea el caso, una de naturaleza indeterminada”. Sin embargo, en el posterior IV Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Laboral y Previsional de 2015, se convalidó la disposición del reglamento, de forma tal que “se produce una prórroga automática de dicho contrato en sus mismos términos y por el mismo plazo”.

Bajo la luz de la tesis aquí expuesta, esta segunda postura no sería dable por cuanto, pese a que el supuesto es el mismo de prestar trabajo sin formalidad alguna, se está responsabilizando al trabajador por la negligencia del empleador, quien es el que tiene el control sobre la contratación de su personal.

2.2 La tesis a favor de la indemnización

Asumir esta postura parte por ampliar el panorama de los principios y reglas que particularizan las relaciones de empleo público. Y es que si bien lo dicho anteriormente es correcto —los servidores públicos históricamente y por fundadas razones tienen el derecho a la estabilidad absoluta y tradicionalmente más reforzada que en las relaciones civiles— también es cierto que su vinculación con la Administración pública es diferente.

Como se ha visto, el acceso a la función pública se da mediante un proceso de concurso público de méritos en el que debe garantizarse la igualdad de oportunidades para toda la población y con base en el principio de mérito. El objetivo es contar con servidores públicos capacitados y acordes al puesto que van a ocupar. Recordemos que las funciones que van a realizar se devuelven a la sociedad, es decir, la contratación de un servidor es un acto que responde a un interés público. El Estado no tiene un fin en sí mismo, sino el de materializar los derechos de las personas. Es por ello que, como se señaló en el acápite inicial, las políticas públicas apuntan a contar con un servicio civil meritocrático. Adicionalmente a ello, se tiene el principio de equilibrio y provisión presupuestal. Las entidades públicas cuentan con un presupuesto que les es asignado para el cumplimiento de sus funciones misionales y de no existir una plaza

presupuestada, esto es, que cuente con financiamiento, tienen limitaciones en las normas del Sistema Nacional de Presupuesto para asumir nuevas obligaciones según se ha visto, pese a que existen recursos destinados expresamente para afrontar contingencias.

Por un lado, se tiene que la contratación civil de personas naturales por prestación de servicios se da, por lo general, mediante una adjudicación directa que no pasa por un proceso de selección sujeto a los principios de libre concurrencia y competencia; y de publicidad, contraria del concurso público de mérito para el empleo público, dado que son de una cuantía menor a la mínima que señala la ley³⁴. Por ello, estas personas si bien cumplen un perfil exigido por la entidad para realizar las labores encomendadas no han pasado por un concurso abierto para lograr vincularse con la administración.

En cambio, el acceso a la contratación administrativa de servicios, tal y como señala el propio decreto legislativo que lo regula, se da mediante un concurso público. La propia regulación de Servir ha facultado a aligerar estos concursos, permitiendo dispensarse las entidades de la etapa del examen de conocimientos. Pero esto no quita que la convocatoria sea abierta y en la que se evalúe la experiencia profesional y el desenvolvimiento del postulante en una entrevista. Ahora bien, la tesis a favor de la indemnización está expresamente regulada en este contrato frente a la terminación unilateral sin justa causa, por cuanto se señala en el artículo 10 parte final que, cuando esta ocurra, el servidor tendrá derecho a una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres mensualidades.

No es propósito de esta investigación ahondar específicamente en la tutela que debe corresponder a la terminación injustificada de una relación de empleo público, salvo lo circunscrito al despido incausado por vencimiento del plazo de un contrato determinado. Por ello hay dos supuestos con los que resulta importante entrar a analizar a la luz de esta posición:

- a) El de una contratación administrativa de servicios que realiza funciones permanentes pero que es calificada como determinada por la entidad y concluye por vencimiento del plazo y luego es impugnada su terminación por el servidor.
- b) La de la contratación civil fraudulenta, ya sea que luego intentó ser “novada” o “reconducida” o no por un contrato administrativo de servicios. Esto es, el vicio nació con la contratación civil de prestación de servicios y este es cuestionado por el falso prestador de servicios.

El supuesto a) es nuevo y no se ha presentado todavía dado que la regulación es reciente y aún más la sentencia de inconstitucionalidad que la convalida. Pero merece especial atención porque con seguridad se va a presentar con el transcurrir del tiempo, ya que es la moraleja que se puede rescatar de los contratos modales en las relaciones laborales entre privados.

³⁴ Ampliado recientemente a 9 UIT por Decreto de Urgencia 016-2022.

La esencia de la tesis a favor de la indemnización parte por cautelar, por un lado, el respeto de los principios de mérito e igualdad de oportunidades y, por el otro, de equilibrio y provisión presupuestal. Existen unos requisitos para acceder a la función pública que lo distinguen de la contratación privada. Debe contarse con el financiamiento y haber mediado concurso público, sino no hay contratación. Entonces ¿cómo puede reputarse una relación indefinida de empleo público si para el acceso no se han cumplido con sus requisitos mínimos?

Este inconveniente se presenta en el supuesto bajo comentario de una forma mediatizada dado que el servidor sí ingresó mediante un concurso público, aunque para no para una “plaza”³⁵ indefinida. Si aplicamos la regla contenida en el artículo 10, solo le correspondería tres remuneraciones mensuales de indemnización al servidor por ser el tope.

Por su parte, para el supuesto b) la situación es más grave aún porque para ingresar a la Administración pública mediante un contrato indefinido debe haber pasado el servidor por un concurso público de méritos, lo que no sucede en la locación de servicios. Este criterio ha sido expuesto, por ejemplo, por el Tribunal del Servicio Civil en la Resolución 000066-2018-SERVIR/TSC-Segunda Sala en la que se reconoce la desnaturalización de una locación de servicios, pero no puede ampararse el pedido de incorporación por no haberse cumplido con los requisitos constitucionales.

En lo relativo al pago de los beneficios sociales que le habría correspondido ¿corresponde que se ordene el reintegro? Si se asume que el vínculo civil fue fraudulento y encubría una relación de empleo público le debería corresponder el reintegro de sus beneficios sociales; sin embargo, si se sigue la posición del Consejo de Estado colombiano, entonces, no cabría asimilar al trabajador fraudulento con el de un servidor público ordinario, dado que no ingresó con los mismos requisitos y solo le correspondería una indemnización por el daño sufrido, el que no es inmediatamente asimilable al reintegro de beneficios sociales.

3. LA CAUTELA DEL SERVICIO CIVIL COMO VALOR JURÍDICO PREVALENTE

Las tesis expuestas anteriormente se muestran contrapuestas: por un lado, relevar la aplicación del principio de primacía protector y, por ende, la aplicar directamente el principio de primacía de la realidad, teniendo por reconocida una relación de empleo pública —sujeta al régimen de la entidad empleadora en cuestión— de naturaleza indeterminada o, por el otro, reconocer el carácter central que tiene cautelar la meritocracia —traducida en el acceso a la función pública mediante un concurso público en igualdad de oportunidades y según el mérito— como corazón del servicio civil, reconocido por nuestra propia jurisprudencia constitucional y manifestado como reiterada política pública nacional.

³⁵ Se entrecomilla plaza porque en escrito en los instrumentos de gestión de las entidades solo tienen plaza los servidores de planta (276, 728 y 30057) y no los CAS, quienes son contratados dentro del rubro bienes y servicios. Empero, con la nueva modalidad de contratación indeterminada, debe preverse en el presupuesto público esta nueva modalidad que la asemeja al de una plaza indefinida regular.

Esta situación exige argumentar hacia qué lado se inclina la balanza: la tutela del trabajador vs. la cautela del servicio civil meritocrático. El método que se cuenta para ello es la del test de ponderación. Ahora bien, para ello, es menester primero asumir cual será la posición prevalente, que trae consigo de suyo la restricción de otro valor constitucional traducido en un derecho fundamental, por lo general, y, a partir de ello, proceder a realizar el test mediante sus subprincipios y determinar si la medida es constitucional o no.

Ahora bien, antes de ello es preciso aclarar que optar por esta ponderación es la salida que exige la realidad vigente del ordenamiento jurídico peruano. Tal y como se ha expuesto líneas atrás, el postulado que se defiende como óptimo es el de un régimen general único respetuoso del enfoque de derechos humanos y acorde con los requerimientos de un servicio civil meritocrático. Sin embargo, en tanto esto se alcance, la realidad nos exige apostar por un *second best*.

Entonces, nosotros asumimos como punto de partida la cautela del servicio civil meritocrático como valor prevalente. ¿Por qué? El Estado es el instrumento que ha asumido la sociedad moderna para garantizar la convivencia en sociedad y materializar los derechos fundamentales. La manifestación del Estado que cumple función administrativa —la Administración pública—, tal y como se ha dicho en el capítulo 1 acápite 2.2. tiene como razón de ser el servicio de la comunidad y el interés público, justamente aquello que beneficia a todos, siendo sinónimo de interés general de la comunidad.

Así, la doctrina comparada, según se ha revisado, reconoce, como punto de partida, la supremacía del interés público sobre el privado, salvo que existan otras poderosas razones con los que pondere. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, que los servidores estén al servicio de la nación comporta que estén obligados a la cautela de los deberes primordiales del Estado. Para alcanzar fines tan elevados, se requiere contar con un cuerpo de servidores que cuenten con las cualidades idóneas para el puesto que se van a desempeñar. El Estado es una entelequia que opera a través de seres humanos.

Pero su método de selección no puede ser de cualquier forma. Toda persona tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo sin discriminación; esto es, que no sea separado por una causa proscrita por el derecho o por una decisión carente de razonabilidad. Este criterio se maximiza cuando estamos frente a recursos públicos, como serán los destinados a remunerar al servidor público. Y no solo ello, toda persona tiene derecho de tener acceso a participar en igualdad de condiciones de las funciones públicas de su país si es que reúne las condiciones para ello (artículo 23.1 literal c de la CADH). De tal suerte que ya no es solo un mandato negativo de no distinguir por motivos prohibidos al momento de escoger la persona que accederá a un puesto de trabajo, sino en el ámbito de lo público se exige además de dotar de publicidad y de garantizar un procedimiento objetivo que seleccionar a la persona idónea.

Por lo tanto, detrás de la idea de servicio civil meritocrático reposan dos pilares: el acceso igualdad de condiciones y la garantía del cumplimiento de los fines del Estado en beneficio de la colectividad. De esta manera, la medida que se busca defender es

que no cabe acceder a la función pública —sea esta de carrera administrativa o no— si es que no ha mediado concurso público de méritos, para lo cual, frente a un caso de desnaturalización de una contratación temporal o falsamente autónoma, el juez competente debe ordenar que se saque a convocatoria la plaza correspondiente; dejando a salvo el derecho del demandante de optar por una indemnización por término del vínculo.

De esta manera se busca salir del maniqueísmo entre la incorporación indeterminada inmediata y la pura opción indemnizatoria, a través de una posición que acompañe ambos intereses. En esta lógica se enmarca la novísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque en un sentido diferente al que aquí se defiende.

3.1 Aplicación del test de proporcionalidad

Previo a la realización del test, el Tribunal Constitucional ha señalado que un presupuesto es que la medida bajo análisis sea razonable, esto es, parte de un fin constitucional legítimo. Este aspecto queda suficiente afirmado con lo señalado en las líneas anteriores.

3.1.1 Subprincipio de idoneidad o de adecuación

Los derechos fundamentales reposan en principios, en este caso el derecho al trabajo sobre el principio protector que estimamos es predicable de toda relación subordinada —pública o privada—. Por ello, la medida que se adopte debe ser capaz de fomentar el objetivo constitucionalmente legítimo arriba expuesto.

En este caso postulamos que restringir el acceso a la función pública —sea esta de carrera administrativa o no— a través de fórmulas que no sean el concurso público es una medida idónea y apta para garantizar el servicio civil meritocrático. En efecto, de esta forma se evita, de un lado, que existan privilegiados que accedan a un puesto indefinido por sobre otras personas que no tuvieron la oportunidad de concursar y, del otro, se evita la contingencia y el azar de que la persona escogida no reúna las cualidades necesarias que el puesto requiere.

Contra esto se puede argumentar que muchas veces las personas que son reincorporadas lo hacen luego de varios años de haber prestado servicios que en la práctica significaban el ejercicio de una función pública. Sobre esto cabe decir que está proscrito que se ejerza función pública mediante un contrato civil; solo los funcionarios públicos elegidos pueden hacerlo. En esa medida, de entrada nos encontramos frente a una patología en la forma en que se estuvo ejecutando las funciones públicas. Asimismo, es preciso señalar que la contratación de una persona mediante locación de servicios, especialmente aquellas exentas de los requisitos de las leyes de contrataciones que se aprobaron, no partían necesariamente de la elaboración de términos de referencia idóneos que el cumplimiento de la función pública a ejecutar requería. Y, lo que es el escollo más grande, no fue un proceso público que dio la oportunidad a la sociedad de poder acceder.

Por estas razones, limitar que el acceso sea únicamente mediante un concurso público incluso cuando nos enfrentamos a un caso de desnaturalización, sí es una medida idónea.

3.1.2 *Subprincipio de necesidad*

Analizar este subprincipio parte por comparar la medida adoptada con otras que sean igualmente idóneas, pero más benignas. En este caso, se ha optado justamente no solo por limitar el acceso a la función pública sino que habiéndose ya desnaturalizado una relación, dado que existe la necesidad de contar con una persona que cumpla ese puesto, se habilite la opción al prestador de servicios mediante un contrato fraudulento a que pueda participar en un concurso público por el mismo puesto y sujeto a las escalas remunerativas de la entidad según los puestos equivalentes, salvo que opte por la indemnización que corresponda.

Podría argumentarse que una medida de tal naturaleza es excesivamente gravosa para el equilibrio presupuestal; sin embargo, no puede negarse que la situación en la que se encuentra el prestador de servicios tiene como directo responsable a la propia Administración pública, por lo que no cabe escudarse en tal argumento, como ha señalado la Corte IDH en su jurisprudencia en el caso *Acevedo Jaramillo vs. Perú*, párrafo 225:

225. En cuanto al alegato del Perú de supeditar el cumplimiento de las sentencias a la existencia de plaza y presupuesto, la Corte considera que tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello. El retraso en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que permita un deterioro a la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, también cause una afectación al derecho protegido en la sentencia. Las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias³⁶

Es deber de los Estados garantizar el respeto y protección de los derechos fundamentales por lo que deben, en todo caso, adoptarse preventivas y de fiscalización más intensas que eliminen las malas prácticas que desembocan en el esquema de informalidad laboral.

3.1.3 *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*

Finalmente, para que una restricción a un derecho fundamental sea legítima, el grado de satisfacción de los principios o valores prevalentes deben ser de grado mayor al de la afectación. En este caso, se considera que este principio se cumple de sobra toda vez que la restricción únicamente es que no se ordene la inmediata incorporación del prestador de servicios como un servidor indefinido, sino que deba pasar por un concurso público de méritos en igualdad de condiciones que otras personas que deseen acceder al puesto que deba crear la entidad pública.

³⁶ Para este pronunciamiento la Corte IDH se vale de *Case of "Amat-G" LTD and Mebaghishvili v. Georgia*, ECHR, judgment of September 2005, para. 48; *Popov v. Moldova*, no. 74153/01, para. 54, judgment of January 18, 2005; y *Shmalko v. Ukraine*, no. 60750/00, para. 44, judgment of July 20, 2004.

Asimismo, esta situación no enerva la posibilidad de que se le conceda una indemnización en caso no opte o alcance la plaza.

3.2 Tutela del trabajo en el marco del ordenamiento jurídico actual

Asumiendo que se mantiene el ordenamiento jurídico vigente, corresponde ahora, pues, desarrollar la idea antes esbozada a partir de la distinción de aquellos casos en los que corresponda la incorporación del servidor en un contrato indefinido o solo la indemnización.

3.2.1 Casos en los que corresponde la incorporación en el empleo público

Es preciso partir de la idea que la incorporación solo puede darse si es que ha mediado concurso público. Un primer punto de partida es si la exigencia del concurso público es para el mismo puesto en cuestión o podría ser para otro que devendría en desnaturalizado en otro de carácter indefinido.

La interrogante no es menor dado que si lo que se pretende cautelar es el acceso en condiciones de igualdad, entonces, mal haríamos en permitir que quien haya ingresado por concurso para un puesto en concreto luego tenga opción de transformarlo en otro, sin haberle dado esa opción a las otras personas. Por eso, estimamos que la convocatoria a concurso sea para la plaza que corresponda a las reales funciones que se desempeñan y según la escala remunerativa que atañe según el régimen de la entidad demandada.

Por ese motivo, el demandante debe tener la opción de escoger si opta por esta medida o por la indemnización que corresponda, dado que es quien en mejor posición está de valorar sus intereses. De igual forma, aun cuando estemos frente a un concurso público objetivo, el demandante tendrá la ventaja de ya conocer el puesto y las funciones a realizar producto de la experiencia adquirida.

Debe quedar absolutamente claro que, de no respetarse las garantías de imparcialidad en el concurso público que se propone aquí como tutela reparatoria de origen jurisdiccional, este podrá ser impugnado por los mecanismos que la legislación asiste, como es la apelación ante el Tribunal del Servicio Civil.

En aquellos regímenes públicos que incorporen el régimen de carrera administrativa como la vinculación vía contratación para actividades complementarias, el concurso público deberá respetar las reglas particulares sean estas del decreto legislativo 276 o de la ley 30057 y dependerá la incorporación a la carrera, en el nivel que corresponda, según las actividades propias que se venían prestando.

3.2.2 Indemnización que corresponde según el tipo de supuesto

Tal y como ha sido planteado la solución, queda abierta la posibilidad de que el trabajador pueda optar por la indemnización correspondiente la que dependerá del régimen en el que nos encontremos y del supuesto en cuestión. Así puede presentarse las siguientes situaciones:

- i. El trabajador haya suscrito un contrato de prestación de servicios fraudulento — independientemente si luego se celebró uno modal o administrativo de servicios— con una entidad sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

En ese caso deberá corresponder la indemnización del artículo 38 de la LCPL con el tope de 12 remuneraciones mensuales.

- ii. El trabajador haya iniciado su vínculo con un contrato administrativo de servicios temporal que concluye y se sigue prestando servicios luego del vencimiento sin haberse celebrado uno nuevo con una entidad de sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

Nos adherimos a las razones del II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y nos apartamos de los señalado en el IV Pleno, dado que no puede responsabilizarse al servidor por el error de la Administración pública que es quien tiene el dominio del control sobre las contrataciones. Por lo expuesto, dado que la relación correspondería ser de carácter indefinido, le corresponde la indemnización del artículo 38 de la LPCL con el tope de 12 remuneraciones mensuales.

- iii. El trabajador haya iniciado su vínculo con un contrato administrativo de servicios temporal pero para el desarrollo de funciones permanentes.

El contrato, por primacía de la realidad, habría sido celebrado en forma indebida. Corresponde la indemnización del artículo 10 el Decreto Legislativo 1057 con el tope de tres remuneraciones mensuales.

- iv. El trabajador haya iniciado su vínculo con un contrato de prestación de servicios fraudulento —independientemente si luego se celebró uno modal o administrativo de servicios— con una entidad sujeta al régimen laboral público.

En estos casos no se prevé ninguna indemnización tasada por lo que el demandante deberá acudir a las reglas de la responsabilidad civil y acreditar la magnitud del daño y los presupuestos para su otorgamiento.

- v. El trabajador haya iniciado su vínculo con un contrato administrativo de servicios temporal que concluye y se sigue prestando servicios luego del vencimiento sin haberse celebrado uno nuevo con una entidad de sujeta al régimen laboral público.

Siguiendo el criterio del numeral (ii), consideramos que debería convocarse a un concurso público para una plaza indefinida, pero de optarse por la indemnización, al no preverse ninguna tasada el demandante deberá acudir a las reglas de la responsabilidad civil y acreditar la magnitud del daño y los presupuestos para su otorgamiento.

3.3 Las medidas preventivas y sancionatorias frente a la indebida gestión del personal pública y las contrataciones que derivan en supuestos de desnaturalización

Afrontar el problema de la desnaturalización en el sector público parte por asumir una realidad: los recursos son escasos y no son suficientes para contratar todo el personal

de planta que se quisiese. Por ello, en tanto que eso no ocurra, debe adoptarse medidas honestas y respetuosas del ordenamiento jurídico.

Las contrataciones de personal de planta, salvo los casos de confianza, suplencia o reemplazo, están prohibidas por ley de presupuesto. Entonces, el mecanismo vigente para contratar personal, mientras no se implemente la Ley del Servicio Civil, es a través de régimen CAS. Ahora bien, recordemos que el CAS por regla general y siempre que las funciones sean permanentes tendrá que ser de carácter indefinido. Y aquellos trabajadores que realicen funciones temporales tendrán un contrato a plazo fijo. Esta es la virtud que ha traído la Ley 31131, luego que fuesen derogadas sus disposiciones que incrementaron el gasto público en forma inconstitucional. Recordemos que el vínculo CAS hasta el 2020 era estrictamente temporal.

Entonces, una forma de desnaturalización será si se contrata personal para labores permanentes mediante un contrato determinado y eso es lo que preventivamente se debe evitar. Esta puede darse en dos momentos.

Una, en el momento mismo de formularse la convocatoria, con lo cual será responsabilidad de la oficina de gestión y desarrollo humano que la convocatoria guarde coherencia con lo señalado por Servir en el Informe Técnico 001479-2022-SERVIR-GPGSC, que contempla, luego de un análisis sistemático de los diferentes regímenes, cuáles son las causales para contratar temporalmente (ver numeral 2.18). Sobre el particular, me remito al acápite 1.1 de este capítulo sobre las críticas a causales tan abiertas.

Otra podrá tener lugar en el devenir de la relación laboral. Recordemos que, por el poder de dirección que ejerce la entidad empleadora, podrían asignarse nuevas tareas al servidor. Por lo general, los contratos administrativos de servicios contienen una referencia abierta en la relación de funciones que el servidor público deberá desempeñar. ¿Qué ocurre si le es asignada una de carácter permanente? Supongamos que un ingeniero es contratado por el gobierno regional para supervisar la ejecución de una obra de emergencia producto de un desastre natural. Pero adicionalmente a ello, se le asignan tareas de supervisión de otras obras que nada tienen que ver con la emergencia por tal desastre natural. El contrato ha quedado desnaturalizado por la asignación de nuevas tareas. También puede darse el caso de que el servidor siga prestando servicios luego de finalizada la relación contractual. En este segundo caso la responsabilidad sería del jefe inmediato que habría asignado tareas contrarias a la naturaleza del contrato o luego de que este haya concluido. Y con la concurrencia del jefe de la oficina de gestión y desarrollo humano si participó en tal decisión o por negligencia al no advertir del término.

Así también pueden desnaturalizarse, como ya hemos visto largamente, los contratos civiles de prestación de servicios de obra o locación; estos segundos se presentan en mayor medida. Al igual que en el caso anterior, desde el inicio, cuando se asignan obligaciones contrarias a los tipos contractuales que le son propios. El artículo 59 de la LPAG, según su TUO, habilita a las entidades públicas a tercerizar "todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos

administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos". Vayamos con cuidado. Por tercerización deberemos entender que el servicio lo preste una empresa privada con autonomía.

Distinto es el caso que se contrate a una persona natural para la ejecución de funciones públicas propias de una entidad mediante un vínculo civil. Nos explicamos: si va a realizar funciones propias de una entidad existirá un control de la entidad para su correcta ejecución con la asimetría que ya hemos visto que de suyo viene dada. No es lo mismo cuando la contraparte es una empresa privada. Como dijo la suprema para el ámbito privado en la Casación 321-2017-Lima, citada en el capítulo 1, un rasgo típico o indicio de una relación subordinada es que se le preste servicios vinculados con la actividad principal del negocio del empleador. Por ello, hay que tener mucho cuidado en que por una prestación de servicios se pretenda sustituir lo que debería hacer un servidor público. La existencia de servidores para las mismas funciones que se pretenden encargar a un prestador de servicios es una prueba del fraude en la contratación.

Por ello, lo adecuado es que se contrate la prestación de servicios ajenos al ejercicio de potestades públicas o centrales a la actividad administrativa de la entidad en su relación con el ciudadano. Aquí tenemos las funciones de apoyo, de análisis o diagnóstico, estudios externos, actividades complementarias autónomas. Y siempre sin perder de vista que deben ejecutarse autónomamente, sin que medie subordinación. Así pues, en la formulación de los términos de referencia y la relación de actividades que terminen en las órdenes de servicio debe cuidarse que no se incorporen funciones que correspondería a un servidor público. Esta es tarea de la máxima autoridad administrativa, que tiene a su cargo tanto a las oficinas de abastecimiento o logística, como de gestión y desarrollo humano. Porque los pedidos que formulen las áreas usuarias deben estar acorde con el ordenamiento jurídico para ser autorizados.

Pero, así como sucede con los servidores sujetos al régimen CAS, la desnaturalización puede ser sobrevenida porque a la persona se le exige cumplir un conjunto de comportamientos propios de una relación de subordinación. Aquí la tarea de los juzgadores será la de aplicar el test de laboralidad para determinar qué signo es el que tiene mayor peso y neutraliza el otro: si la autonomía o la dependencia. Por eso, es deber de las oficinas de apoyo y asesoramiento de toda entidad pública adoptar medidas preventivas para que las áreas usuarias no incurran en estos incumplimientos. No basta con un buen contexto, sino que se respete la autonomía que le corresponde a un prestador de servicios.

Sobre esto cabría dos tipos de fiscalizaciones desde afuera de la entidad: la laboral que le correspondería a Servir para que se garantice el respeto de los derechos laborales y de la Contraloría General de la República para que no se incurra en prácticas que impliquen luego un desmedro en el presupuesto público. Sobre las de Servir, el informe de la comisión antes mencionado en este capítulo expone los actuales inconvenientes que tiene Servir para materializar esta función (2001, p. 28 y ss.). Por el caso de la Contraloría, puede dar lugar a responsabilidad administrativo funcional a los servidores o funcionarios que dolosa o negligentemente estén promoviendo la

informalidad en el sector público. De igual forma procede en paralelo la responsabilidad administrativa disciplinaria que se da en el seno de la propia entidad.

Esto queda retratado en el precedente Huatuco, tantas veces mencionado, en el cual se señala (f. j. 19 y 20) que las disposiciones constitucionales que regulan el régimen de los funcionarios y servidores públicos deben ser rigurosamente observados y cumplidos por aquellos que tienen a su cargo y responsabilidad la contratación de personal en cada entidad, caso contrario serán pasibles de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiere lugar. En tal virtud, el Tribunal Constitucional exhorta a las entidades a imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y servidores que incumplan con las formalidades de ley y con el precedente, además de las disposiciones internas de la propia entidad.

Para ello, la máxima autoridad administrativa de cada institución debe determinar quién o quiénes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado y, con tal información, se realicen las investigaciones y se lleva a cabo el procedimiento disciplinario o funcional correspondiente en los supuestos que se detecte la desnaturalización del contrato temporal o autónomo en la Administración pública.

4. PROPUESTA NORMATIVA PARA LA ADECUADA TUTELA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO SUBORDINADA (EN CONSONANCIA CON LA CAUTELA DEL INTERÉS PÚBLICO Y EL ADECUADO DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA)

A continuación, se presenta la fórmula legal para regular las consecuencias de la informalidad laboral en el sector público antes descrita, en tanto se implementa a su totalidad la Ley del Servicio Civil y se eliminan los regímenes de los decretos legislativos 276, 728 y 1057.

LEY QUE ESTABLECE DISPOSICIONES FRENTE A LA DESNATURALIZACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

Artículo 1.- Objeto

La presente ley tiene por objeto establecer medidas en materia del personal público, a efectos de afrontar las situaciones de desnaturalización laboral en el sector público.

Artículo 2.- Reglas para el ingreso a las entidades del sector público

- 2.1*** *El ingreso a las entidades del sector público comprendidas en el artículo I de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se realiza a través de un concurso público de méritos en estricto cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y complementarias vigentes que regulan la contratación de personal.*
- 2.2*** *Lo dispuesto en el párrafo anterior no es aplicable para la designación en cargos de confianza y de directivos superiores de libre designación y remoción, conforme a los documentos de gestión de la entidad, a la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, y demás normativa sobre la materia, según corresponda.*

Artículo 3.- Reglas frente a la contratación fraudulenta en el sector público

- 3.1. *En aquellos casos en los que se reconozca el derecho a un vínculo laboral a plazo indeterminado en las entidades del sector público descritas en el artículo anterior, porque hubo fraude o abuso en la contratación temporal o en la contratación civil autónoma, o porque medió prestación personal de servicios remunerados y subordinados sin contrato vigente, entre otros, la autoridad jurisdiccional o administrativa que conozca el caso ordenará a la entidad emplazada a convocar a concurso público de méritos la plaza que corresponda a las labores desempeñadas, con el nivel remunerativo y el régimen laboral que le sea aplicable.*
- 3.2. *Cuando al pedido de reconocimiento de vínculo laboral se formule luego de que la relación ha terminado por decisión de la entidad emplazada o porque venció el plazo estipulado en el contrato fraudulento, el trabajador defraudado tendrá derecho a requerir, alternativamente, la reincorporación, previo concurso público de méritos según el párrafo anterior, o una indemnización. Asimismo, en aquellos casos en los que se optó por la reincorporación y esta no se haya producido por no haberse superado el concurso público de méritos, podrá solicitarse la referida indemnización.*
- 3.3. *La indemnización solo podrá requerirse en la vía jurisdiccional. En la vía administrativa únicamente cabe solicitar el reconocimiento de vínculo y la reincorporación, previo concurso público de méritos.*
- 3.4. *No corresponde el otorgamiento de beneficios sociales devengados por el tiempo anterior al reconocimiento del vínculo, al mandato de reposición o reincorporación o junto con el pago de la indemnización.*

Artículo 4.- De la indemnización

- 4.1 *Con independencia del régimen laboral al que pertenece la entidad, el pago de la indemnización señalada en el artículo 3 que corresponda otorgarse dentro de un proceso judicial sobre reposición, reincorporación o reconocimiento de vínculo laboral, 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.*
- 4.2 *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.*

Artículo 5.- Responsabilidad funcional

Los funcionarios y servidores que estén encargados de la contratación y dirección de personal son responsables administrativa, penal y civilmente por el incumplimiento de las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y las normas que regulan la contratación de personal y servicios en el ámbito de la Administración pública.

Artículo 6.- Fiscalización y supervisión

- 6.1 *La fiscalización de las condiciones contractuales o convencionales, así como del respeto de los derechos laborales de los trabajadores en situación de informalidad en las entidades de la Administración pública está a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), la que podrá delegar esta función o celebrar convenios de colaboración con la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) para su cumplimiento.*
- 6.2 *Corresponde a la Contraloría General de la República supervisar el adecuado uso de los recursos públicos y realizar las acciones de control que correspondan frente al incumplimiento de las formalidades y requisitos para la contratación de personal y servicios en el ámbito de la Administración pública.*

Artículo 7.- Difusión y orientación

- 7.1 *Las oficinas de gestión y desarrollo humano, o las que hagan sus veces, realizan las acciones de difusión a los funcionarios y servidores públicos, en el marco de sus actividades de comunicación interna, para una adecuada gestión del personal público y se adopten medidas preventivas al interior de las entidades para evitar situaciones de informalidad laboral.*
- 7.2 *Las oficinas de logística o abastecimiento, o las que hagan sus veces, realizan las acciones de capacitación a las dependencias usuarias para la adecuada contratación de servicios autónomas en las entidades públicas.*
- 7.3 *La máxima autoridad administrativa supervisa el cumplimiento de estas disposiciones.*

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única.- Reglamento

El Poder Ejecutivo aprueba el reglamento de la presente ley dentro de los sesenta (60) días de su entrada en vigor.

La falta de reglamentación de alguna de las disposiciones de la presente ley no es impedimento para su aplicación y exigencia.

CONCLUSIONES

1. La subordinación es el elemento identitario de la relación de trabajo que lo distingue de otras relaciones civiles autónomas. Subordinación significa sujeción, poner la fuerza de trabajo a disposición de otro para que la conduzca o dirija. No exige un permanente ejercicio de dicho poder de dirección, sino que es una posibilidad. Antes que identificar la presencia efectiva de órdenes y controles, debe atenderse a la posibilidad de que tales puedan darse; es un poder jurídico y no de hecho. Significa pertenecer o estar inmerso dentro de un cuadro orgánico de funciones y competencias, un círculo rector o una esfera organizativa. Así, son elementos identitarios la potencialidad de organización, control y la sanción.
2. Son rasgos típicos de laboralidad, recogidos en la jurisprudencia, la integración en la estructura organizacional del empleador, la prestación efectuada en un horario, la prestación continuada en el tiempo, el suministro de herramientas o materiales para la prestación de un servicio, el pago de una remuneración periódica, el reconocimiento de derechos laborales individuales, el cumplimiento de labores relacionadas directamente con la actividad principal del empleador. No obstante, hoy en día el trabajo se presta también a distancia, mediante mecanismos tecnológicos de control y supervisión que utiliza el empleador. Es decir, aparecen rasgos de supuesta autonomía en la forma de prestación de labores: control discontinuo o inexistencia de presencia en un centro de trabajo determinado. Por ello, todas las características de la relación de trabajo deben ser analizadas conjuntamente en un juicio de equivalencia o ponderación, de manera que se la respuesta explique, en términos de Sanguinetti, la economía global del vínculo.
3. El derecho del trabajo, principalmente el latinoamericano, ha desarrollado un conjunto de principios que se fundamentan en sus cimientos y sustentan la aplicación de sus reglas y disposiciones. El principio fundante es el protector que aparece con el propósito de tutelar a la parte trabajadora por la situación de desigualdad en la que se encuentra respecto del empleador, con la finalidad de limitar su poder. Es un principio general que inspira todas las normas de derecho del trabajo. Tiene la vocación de ser una norma directriz que impone al legislador el deber de establecer aquellas normas que garanticen la tutela efectiva del trabajador en el conjunto de relaciones con el empleador. Deriva del principio protector el de primacía de la realidad, por el cual en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye en los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.
4. Así como existen intereses y valores tutelables por el ordenamiento para la persona trabajadora, también hay otros para el caso de las relaciones de empleo público. Las normas que regulan el ejercicio de las funciones públicas por parte del cuerpo de empleados del Estado no parten del mismo origen que el derecho del trabajo, sino de la burocracia responsable del ejercicio de tales funciones públicas. Nuestra

Constitución regula a la función pública en su Capítulo IV del Título I sin hacer mención a la calidad de la regulación que deba dársele.

5. El Tribunal Constitucional le ha dado a la función pública un contenido amplio. La condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado.
6. Actualmente, existen diferentes regímenes generales de prestación de servicios a la Administración pública: dos generales con carrera administrativa, que son las reguladas por el Decreto Legislativo 276 y la Ley 30057; y dos generales sin carrera administrativa, por un lado, el Decreto Legislativo 728 —concebido para las relaciones de trabajo privadas— y por el otro el Decreto Legislativo 1057.
7. La Administración pública tiene como razón de ser el servicio de la comunidad y el interés público. Este interés tiene la función de legitimar la actuación política en diversas formas y le concede una serie de prerrogativas, a cambio de una serie de sujeciones y restricciones; en un sentido amplio es la propia finalidad del Estado, el criterio que otorga validez a la actuación administrativa. Aquello que es finalidad del Estado es lo que las constituciones definen como valores constitucionales superiores. En el caso de la Constitución Política del Perú, son deberes primordiales (a) la defensa de la soberanía nacional; (b) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; (c) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y (d) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo de integral y equilibrado de la nación (artículo 44).
8. Dentro de este contexto se inserta la relación de trabajo subordinado al servicio de la Administración pública. Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. Este principio o valor, señala el Tribunal Constitucional, determina que los servidores, sean civiles, militares o policías, estén obligados a la cautela de los deberes primordiales del Estado. A fin de cautelar este interés público es que se ha recogido un conjunto de principios en las normas de empleo público, entre ellos, los de meritocracia y de equilibrio y provisión presupuestal.
9. Los instrumentos internacionales determinan que todos los ciudadanos gozarán sin ninguna distinción ni restricción indebida del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha interpretado que el acceso a la función pública no comprende el derecho ingresar sin más al ejercicio de la función pública, sino de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado. Un principio consustancial a este es el de mérito, que compele positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a la función pública se observe irrestrictamente. La exigencia de un concurso público deberá ser realizada mediante un procedimiento abierto y democrático, que permita una verdadera igualdad de oportunidades, de forma que las personas sean evaluadas según los aspectos necesarios para el cargo respectivo.
10. Por el principio de equilibrio presupuestal, los egresos deben tener financiamiento. Debe haberse previsto en el presupuesto público el equilibrio entre la evolución de

los ingresos y los recursos a asignar para la implementación de las políticas públicas. Y por el principio, estrechamente vinculado, de provisión presupuestaria todo acto relativo al servicio civil o empleo público está supeditado a la disponibilidad presupuestal, el cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como a estar previamente autorizado y presupuestado.

11. Según la información estadística del Ministerio de Trabajo a 2021, la cantidad de personas que prestan servicios en la modalidad de locación de servicios (contrato civil de trabajo autónomo por cuenta ajena no subordinado) representa el 12.7 % del total. Estos son los trabajadores que potencialmente podrían tener una relación jurídica desnaturalizada, es decir, veladamente subordinada.
12. En el comparativo 2013-2021, mientras la cantidad total de prestadores de trabajo autónomo o subordinado al Estado en el periodo descrito aumentó en un 29 %, este incremento no se ha visto reflejado en los regímenes de personal a tiempo indeterminado en igual correspondencia; los del régimen 276 aumentaron en 11.9 % y los del 728, en un 15.5 %. En cambio, aquellos sujetos al régimen 1057 aumentaron en 77.8 %, mientras que aquellas personas que sujetas a un contrato de locación de servicios lo hicieron en un 54.3 %.
13. Las personas sujetas al régimen 1057, sumadas a aquellas que se vinculan mediante locación de servicios con la Administración pública han pasado de representar, del total de personas que prestan servicios al Estado, el 26.9 % a significar el 35.2 % —incremento de 8.3 puntos porcentuales— de toda la fuerza de trabajo del sector público.
14. En el ámbito del sector privado, cuando una relación desnaturalizada es puesta a término por el empleador amparándose en las figuras del ordenamiento jurídico defraudado, como el término final del plazo o el despido *ad nutum*, procede acudir a la vía jurisdiccional para pedir el reconocimiento de la relación indeterminada y la reposición o indemnización, según opte el trabajador, frente al despido incausado. En cambio, en aquellos casos de desnaturalización de las locaciones de servicios en el seno de la Administración pública, el Tribunal Constitucional optó, en un primer momento, por aplicar directamente el principio de primacía de la realidad, independientemente del régimen laboral aplicable a la entidad demandada, a efectos de reconocer un vínculo laboral a plazo indeterminado. Además, con poca prolijidad invocó también la garantía de estabilidad laboral absoluta que concede la Ley 24041.
15. Con la regulación del nuevo régimen CAS, se pretendió novar o convalidar los vínculos de locación de servicio desnaturalizados al amparo de la nueva regulación. Así lo entendió el Tribunal Constitucional, luego de convalidar la constitucionalidad del nuevo régimen laboral público, pero luego varió su jurisprudencia en el sentido opuesto, tutelando pretensiones de reconocimiento de vínculo indeterminado y de reposición en el empleo. Este criterio ha sido ratificado por la Corte Suprema en un acuerdo plenario y en su jurisprudencia.

16. Con la Autoridad Nacional del Servicio Civil funcionando, el Ejecutivo presentó en 2012 un proyecto de Ley del Servicio Civil que debía ordenar las relaciones laborales en el sector público que eran absolutamente dispersas e incoherentes y han generado distorsión en el sistema de remuneraciones y conceptos de pago, además de hacer ineficaz la progresión y el ascenso. Aprobada la nueva ley, a la fecha, con diez años de vigencia, solo 1113 trabajadores pertenecen a este régimen. El tránsito engorroso que tiene y la falta de apoyo político han hecho fracasar la reforma.
17. En 2015, el Tribunal Constitucional expidió el precedente Huatuco Huatuco, con el cual pretendió poner un freno a las reincorporaciones de trabajadores desnaturalizados a los que se les había cesado el vínculo. Fijó la posición interpretativa de que la incorporación a la Administración pública se realiza mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Este precedente fue expedido en aplicación de las normas del Decreto Legislativo 728, por lo que este debió ser su ámbito de aplicación exclusivo.
18. Frente a ello, el Poder Judicial expidió sentencias, como aquella en las casaciones 11169-2014-La Libertad y 12475-2014-Moquegua, en las que, aplicando la figura del *distinguishing* fija supuestos en los que no opera el precedente constitucional. Empero, luego de que el propio Tribunal Constitucional variara su criterio con la sentencia Cruz Llamas, de manera que solo es negada la reposición cuando se pretenda la reposición en el ámbito de la carrera administrativa, existe actualmente una nueva alineación de criterio en la justicia ordinaria y la constitucional. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia constitucional ha optado por la reposición temporal en situaciones excepcionales, a la espera de que se realicen los concursos públicos correspondientes por las plazas desnaturalizadas.
19. Mediante Decreto de Urgencia 016-2020, el Poder Ejecutivo buscó establecer medidas para regular el ingreso de los servidores públicos a las entidades del Sector Público, disponiéndose que solo cabe el ingreso a la función pública a través de un concurso público. Por ello, ante mandatos de reposición, solo procede cuando exista una plaza a tiempo indeterminado de naturaleza permanente y vacante y previamente el demandante haya ingresado por concurso a ella dentro del mismo régimen. Esta norma fue luego derogada por la Ley 31115.
20. El Congreso del periodo 2020-2021 aprovechó en retomar anteriores proyectos de ley para (i) limitar la contratación de trabajadores mediante el régimen CAS y la celebración de contratos de locación de servicios y (ii) ordenar la incorporación de aquellos que realicen labores de naturaleza permanente bajo estas dos modalidades sean incorporados en el régimen de cada entidad, según sea de los decretos legislativos 276 o 728, respectivamente. Ambas normas no tomaban en cuenta la reforma del Servicio Civil ya emprendida.
21. Las normas del Sistema Nacional de Presupuesto contienen medidas que limitan a las entidades públicas financiar el pago de las contingencias económicas. Estas disponen que el pago se hace con el presupuesto institucional de cada entidad,

pero en aquellos casos en los que estos no sean suficientes, el pago se hará en forma proporcional hasta dentro de los 5 años fiscales subsiguientes, lo que en la práctica termina extendiéndose largamente. El Ministerio de Economía y Finanzas al sustentar el presupuesto de cada año, debería comparar las posibilidades reales que tienen las entidades públicas para afrontar sus obligaciones con los montos que les están siendo asignados.

22. Desde una mirada comparada de la situación del fraude en la contratación temporal autónoma y temporal en Argentina, Colombia y España se advierte que en ninguno de estos Estados existen normas específicas que regulen la consecuencia jurídica frente a dicho problema. Ha sido en todos los casos la jurisprudencia la que ha tenido que construir respuestas. Asimismo, en los tres casos, la judicatura opta por ser cauta en aplicar el principio de primacía de la realidad y se busca dar soluciones intermedias que no pasan por incorporar directamente al personal desnaturalizada en una plaza indeterminada de carrera administrativa.
23. El universo de servidores civiles no solo debe ser visto desde la óptica de lo que es mejor para el cumplimiento de los fines del Estado, sino reconociendo que está integrado por seres humanos y que toda intervención pública debe partir por su realización, identificando cuáles son los derechos que les asisten y las obligaciones que le corresponden al Estado de acuerdo con la Constitución Política leída en clave de las convenciones y tratados internacionales.
24. El régimen CAS es uno creado exprofesamente para aliviar la situación de la contratación de servicios no personales y que debió ser temporal como lo indica la Ley 29849. Pero su provisionalidad se ha vuelto permanente. Por ello, resulta imperioso que se implemente un régimen único —en este caso en curso el del servicio civil— que termine con la distinción entre modalidades de contratación. Además, la experiencia comparada nos anuncia que la informalidad viene de la mano con el abuso de las modalidades de contratación temporal. Por ello, la habilitación de este tipo de modalidades de vinculación debe estar concretizada a supuestos meridianamente claros y específicos y que operen como excepción al régimen indeterminado.
25. La implementación de la Ley del Servicio Civil —como vía para la de ordenación de los regímenes de empleo público existentes en uno único de carrera administrativa como dicta la Constitución— es, desde nuestro punto de vista, el presupuesto necesario para combatir la informalidad en el empleo público peruano, el cual abusa de la contratación temporal y fraudulentamente autónoma. Pero para ello, es necesario que la legislación habilite reglas claras para la vinculación del personal con la Administración pública. Mientras existan regímenes anacrónicos —D. Leg. 276— o distantes de la lógica pública —D. Leg 728— y la limitante en todas las leyes de presupuesto para contratar personal de planta, la necesidad de garantizar la continuidad de las funciones públicas y la prestación de los servicios a la ciudadanía conllevará a recurrir a los mecanismos de contratación administrativa de servicios y de prestación de servicios. Por ello, es rescatable que en las políticas nacionales se priorice la reforma del servicio civil.

26. El postulado que se defiende como óptimo es el de un régimen general único respetuoso del enfoque de derechos humanos y acorde con los requerimientos de un servicio civil meritocrático. Sin embargo, en tanto esto se alcance, la realidad nos exige apostar por una salida que acompañe el respeto de un empleo público meritocrático con la tutela del trabajo decente, especialmente, en el marco de la informalidad en el sector público.
27. Detrás de la idea de servicio civil meritocrático reposan dos pilares: el acceso igualdad de condiciones y la garantía del cumplimiento de los fines del Estado en beneficio de la colectividad. De esta manera, la salida que se da es que, en tanto no cabe acceder a la función pública —sea esta de carrera administrativa o no— si es que no ha mediado concurso público de méritos, frente a un caso de desnaturalización de una contratación temporal o falsamente autónoma, el juez competente debe ordenar que se saque a convocatoria la plaza correspondiente; dejando a salvo el derecho del demandante de optar por una indemnización por término del vínculo.
28. Es responsabilidad de la máxima autoridad administrativa de las entidades públicas supervisar que la oficina de gestión de gestión y desarrollo humano, que depende de esta, al momento de realizar convocatorias de personal CAS, cuiden que estas guarden coherencia con lo señalado por Servir en el Informe Técnico 001479-2022-SERVIR-GPGSC, el cual que contempla, cuáles son las causales para contratar temporalmente. Además, durante el devenir de la relación laboral, deberá vigilarse que quienes ostentan cargos de jefaturas no asignen tareas que desnaturalicen la naturaleza temporal de tales contratos.
29. Es responsabilidad de la máxima autoridad administrativa de las entidades pública que, al momento de contratarse servicios, los términos de referencia se cuiden de no incorporar funciones que correspondan a un funcionario o servidor público y se limiten a tareas de apoyo, análisis, diagnóstico, estudios externos o actividades complementarias que se realicen con autonomía. Y, durante el transcurso de estos vínculos civiles, que las oficinas de apoyo y asesoramiento de la entidad adopten medidas preventivas para que las áreas usuarias no impongan medidas propias de una relación de trabajo a los prestadores de servicios.
30. Es responsabilidad de Servir, en cumplimiento de su función fiscalizadora, adoptar medidas para fiscalizar el respeto de los derechos laborales de todo tipo de trabajador y tutelar a quienes presten funciones públicas en fraude a la ley. Además, es de cargo de la Contraloría General de la República supervisar el adecuado uso de los recursos públicos y realizar las acciones de control que correspondan frente al incumplimiento de las formalidades y requisitos para la contratación de personal y servicios en el ámbito de la Administración pública. Las entidades, en cumplimiento de lo señalado en el precedente Huatuco, deben adoptar medidas para investigar a los responsables de las contrataciones desnaturalizadas y se apliquen las sanciones correspondientes.

REFERENCIAS

Fuentes bibliográficas

- Abanto Revilla, C., & Paitán Martínez, J. (2017). *Manual del Régimen Laboral Público* (1° Ed.). Gaceta Jurídica.
- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración Pública* (1° Ed.). Palestra Editores.
- Alonso Olea, M. (2013). *Introducción al Derecho del Trabajo* (M. E. Casas Baamonde & E. Alonso García (eds.); 7° Ed.). Civitas Thomson Reuters.
- Alonso Olea, M., & Casas Baamonde, M. E. (2008). *Derecho del Trabajo* (23° Ed.). Thomson Civitas.
- Arce Ortiz, E. (2021). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias* (3° Edición). Palestra Editores.
- Balbín, A. N. (2019). Debates en torno a la estabilidad laboral de los agentes contratados por la administración pública nacional. *Revista de Derechos en Acción*, 12, 105–142.
- Barajas Montes de Oca, S. (1990). *Derecho del Trabajo* (1° Ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barkow, R. E., Chemerinsky, E., Epstein, R. A., Gilson, R. J., Krier, J. E., Meares, T. L., Neumann, R. k. J., Sitkoff, R. H., & Sklansky, D. A. (2017). *Administrative Law and Regulatory Policy* (8° Ed.). Wolters Kluwer.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil III. El Contrato* (1° Ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula del Estado social en la Constitución* (1° Ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Blancas Bustamante, C. (2022). *El despido en el derecho laboral peruano* (4° Ed.). Palestra Editores.
- Boltana I Bosch, X. (2005). Empleo precario y conflictos jurídicos en las administraciones públicas locales y autonómicas. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 52/53, 185–219.
- Boyer Carrera, J. (2019). *El Derecho de la Función Pública y el Servicio Civil* (1° Ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Brea Villanueva, G. (2021). *Informe Jurídico sobre la sentencia Lagos del Campo vs. Perú* [Pontificia Universidad Católica del Perú. Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogado]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20061/BREA_VILLANUEVA_GIORGIO_GESÚ.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Campos García, H. A. (2014). Invalidez e ineficacia negocial (Apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil peruano). En M. Lazarte Zabarrurú (Ed.), *El Negocio Jurídico* (1° Ed., pp. 147–234). Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.
- Castrillón Arango, D. (2022). Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema

- sin solución? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 27, 225–258.
- Ceballos Posada, B. L. (2005). El contrato estatal de prestación de servicios personales y el principio de la primacía de la realidad. *Piélagus - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Surcolombiana*, 4, 15–25.
- Comisión Multisectorial encargada de elaborar un Informe Técnico que contenga una evaluación del proceso de implementación de la reforma del servicio civil, así como una propuesta de acciones y medidas para coadyuvar a su plena implementación y avance, y al fortalecimiento de la A. N. del S. C.-S. (2022). *Informe Final*.
- Comisión Multisectorial encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central. (2001). *Informe*.
- Correa Castro, D. F. (2016). La estabilidad laboral pública desde la perspectiva del precedente Huatuco. En E. P. García Rivera (Ed.), *III Convención de Derecho Público* (pp. 25–43). Palestra Editores y Universidad de Piura.
- Cortázar Velarde, J. C. (2011). Aprendiendo a partir de la reforma del Servicio Civil en Chile. Algunas lecciones de interés para países latinoamericanos. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 49, 99–122.
- Coscolluela Montaner, L. (2014). *Manual de derecho administrativo* (25 Ed.). Civitas Thomson Reuters.
- Danós Ordoñez, J. (2018). Los fines o intereses públicos o generales como criterios de interpretación de las normas administrativas para la Administración pública. En *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo* (1° Ed., pp. 95–110). Palestra Editores.
- De la Puente y Lavalle, M. (1991). *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil: Vol. I* (1° Ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- De Lorenzi, V. (2007). Obligaciones de medios y obligaciones de resultado I. En L. Leon Hilario (Ed.), *Derecho de las Relaciones Obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios* (1° Ed., pp. 195–196). Jurista Editores. Originalmente publicado como “Obbligazioni di mezzi é obbligazioni di risultato” en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XII, Turín: Utet, 1995, p. 398.
- Defensoría del Pueblo. (1997). *Informe Especial. El cese por causal de excedencia: evaluando los alcances del Decreto Ley N.° 26093*.
- Díaz Roncal, K. (2019). *La Historia del Empleo Público Peruano* (1° Ed.). Ediciones Normas Jurídicas.
- Ermida Uriarte, Ó., & Hernández Álvarez, Ó. (2002). Crítica de la subordinación. *Ius Et Veritas*, 25, 281–295.
- Fernández, A. L., & González, M. L. (2020). Empleo público en Argentina: características y cambios en su composición y formas de contratación entre 2003 y 2018. *Trabajo y Sociedad*, 35, 545–571.
- Fernández Cruz, G. (2005). El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias. *Advocatus*, 13, 143–161.
- Gabardo, E. (2017). O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, 4, 95–130.

- Gabardo, E., & Correa de Moura Rezende, M. (2017). O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 115, 267–318.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (1999). *Curso de Derecho Administrativo: Vol. I* (10° Ed.). Civitas Ediciones.
- Gernet, J. (2005). *El mundo chino*. Crítica - Barcelona.
- Guisado, H. C., Litterio, L. H., & Herrera, E. (2004). Capítulo IV: Relación Jurídica Individual. En J. Mancini Rodríguez (Ed.), *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social* (5° Ed., pp. 119–232). Editorial Astrea.
- Guzmán Brito, A. (1997). *Derecho Privado Romano. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán Napurí, C. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General* (1° Ed.). Instituto Pacífico.
- Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C. (2020a). *Derecho constitucional económico. Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales* (2° Ed., Vol. 1). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C. (2020b). *Derecho constitucional económico. Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero* (2° Ed., Vol. 2). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- León Barandiarán, J. (1966). *Contratos en el Derecho Civil Peruano. Tomo I*. Comisión Administradora del Fondo Editorial de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Leon Hilario, L. L. (2021). Comentario del artículo 219 del Código Civil. En J. Espinoza Espinoza (Ed.), *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (1° Ed., pp. 356–403). Instituto Pacífico.
- Loury, G. C. (1997). Cómo reparar la acción afirmativa. *Publicación Electrónica de USIS*, v. 2, n. 3.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., & García Murcia, J. (2017). *Derecho del Trabajo* (16° Ed.). Editorial Tecnos.
- Martínez Ortiz, J. J., Ballén Tallada, M., & Sú Lay, C. (2022). El reto de mejorar el servicio civil. En M. Tanaka Gondo (Ed.), *El desafío del buen gobierno. Intersecciones entre academia, política y gestión pública* (1° Ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ministerio de Salud. (1994). *Normas sobre adquisición de bienes y servicios del Sector Público*. <http://bvs.minsa.gob.pe/local/minsa/1559.pdf>
- Monereo Pérez, J. L., & Molina Navarrete, C. (2008). Título II. Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas (artículos 8 a 13). En J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, S. Olarte Encabo, & P. Rivas Vallejo (Eds.), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008* (pp. 147–197). Editorial Comares.
- Monroy Gálvez, J. (2008). Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 157–216.
- Morales Corrales, P. (2009). Servicios No Personales en el Empleo Público. *Laborem*, 9, 49–73. <https://www.sptss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem9-49-73.pdf>

- Morales Hervias, R. (2010). *Las patologías y los remedios del contrato*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho.
- Morales Luna, F. (2009). El derecho como espacio de convergencia entre el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica. *Derecho y Sociedad*, 32, 157–165.
- Neves Mujica, J. (1987). La estabilidad laboral en la Constitución. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 9, 28–32.
- Neves Mujica, J. (2009). Principales objeciones al contrato administrativo de servicios. *Laborem*, 9, 74–88.
- Neves Mujica, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo* (2° Ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Neves Mujica, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 67, 227–232.
- Nicolò, R. (2005). Las situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*, 12, 103–116.
- Ojeda Avilés, A. (2007a). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Derecho PUCP*, 60, 375–402.
- Ojeda Avilés, A. (2007b). La genealogía del contrato de trabajo. *Revista española de derecho del trabajo*, 135, 533–555. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/46309/la_genealogia_del_contrato_de_trabajo.PDF?sequence=1
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo* (1° Ed., 2). Oficina Internacional del Trabajo. Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2000). El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, 53, 575–512.
- Palomeque López, M. C., & Álvarez de la Rosa, M. (2021). *Derecho del Trabajo* (29° Ed.). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Pasco Cosmópolis, M. (2009a). Consideraciones acerca del Contrato Administrativo de Servicios. *Laborem*, 9, 113–120.
- Pasco Cosmópolis, M. (2009b). Reafirmación de los principios del Derecho del trabajo. En *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (2° Ed., pp. 4–18). Grijley.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo* (3° Ed.). Ediciones Depalma.
- Prieto Sanchís, L. (2014). Capítulo 1: Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. En M. Gascón Abellán (Ed.), *Argumentación jurídica* (1° Ed., pp. 17–71). Tirant lo Blanch.
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F., & Bernales Ballesteros, E. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (1° Ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Sacco, R., & De Nova, G. (2021). *Teoría general del contrato: Vol. I* (4°). Ediciones Legales.

- Sánchez García, A. (2020). Las medidas correctoras del abuso de la temporalidad de los empleados públicos en España. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 23, 161–206.
- Sánchez Morón, M. (2011). *Derecho de la Función Pública* (6° Ed.). Tecnos.
- Sanguinetti Raymond, W. (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *Ius Et Veritas*, 7, 143–157.
- Sanguinetti Raymond, W. (2007). La presunción de laboralidad: ¿Anacronismo jurídico o pieza clave para la recuperación de la eficacia del derecho del trabajo en el Perú? *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1, 325–340.
- Sanguinetti Raymond, W. (2022). El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía. *Revista de Derecho Social*, 97, 15–39.
- Servat Pereira de Sousa, R. J. (2008). El Artículo 62 de la Constitución, su aplicación a los contratos de trabajo y a las normas que modifican las relaciones individuales de trabajo. *Laborem*, 8, 332–352.
- Servir. (2012). *El Servicio Civil Peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma*.
- Supiot, A. (1993). ¿Por qué un derecho del trabajo? *Documentación Laboral*, 39, 11–28.
- Torres Balcázar, V. J. (2018). La reforma del servicio civil en el Estado peruano: análisis de los factores que explican los avances de un proceso que sigue constituyendo un desafío. *Politai: Revista de Ciencia Política*, 9(17), 147–175. <https://doi.org/10.18800/politai.201802.005>

Normativa internacional

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana de Derechos Humanos

Normativa nacional

- Constitución Política del Perú de 1993
- Decreto Ley 11377, Estatuto del Escalafón y Servicio Civil
- Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones
- Decreto Legislativo 295, Código Civil
- Ley 24041
- Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo. La Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 855, publicada el 4 octubre 1996, dispone la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados Ley de Formación y Promoción Laboral —cuyo texto único ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 002-97-TR y Ley de Productividad y Competitividad Laboral —cuyo texto único ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR—
- Decreto Ley 25650, Crean el Fondo de Apoyo Gerencial
- Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto único ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS

- Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores
- Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público
- Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo
- Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios
- Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización
- Ley 29806, Ley que regula la contratación de personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones
- Ley 39497, Nueva Ley Procesal del Trabajo
- Ley 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del decreto legislativo 1057 y otorga derechos laborales
- Decreto de Urgencia 16-2020 y su exposición de motivos
- Ley 31115, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público
- Ley 31188, Ley de Negociación Colectiva del Sector Estatal
- Ley 31298, Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios
- Decretos de Urgencia 034-2021
- Decretos de Urgencia 083-2021
- Ley 31365, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2022
- Decreto Supremo 065-85-PCM
- Decreto Supremo 004-2001-TR
- Decreto Supremo 003-2002-TR
- Decreto Supremo 020-2007-TR
- Decreto Supremo 006-2008-TR
- Resolución 116-83-EFC/76.01
- Resolución de Presidencia Ejecutiva 061-2010-SERVIR/PE
- Resolución de Presidencia Ejecutiva 107-2011-SERVIR/PE
- Resolución de Presidencia Ejecutiva 330-2017-SERVIR-PE

Jurisprudencia y pronunciamientos internacionales

- Observación General 25 del Comité de los Derechos Humanos CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7, del 12 de julio de 1996.
- Corte IDH - Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008
- Corte IDH - Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009
- Corte IDH - Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011

Jurisprudencia nacional

- STC EXP 00976-2001-AA/TC
- STC EXP 01124-2001-AA/TC

- STC EXP 00016-2002-AI/TC
- STC EXP 00125-2002-AA/TC
- STC EXP 01944-2002-AA/TC
- STC EXP 00261-2003-AA/TC
- STC EXP 03283-2003-AA/TC
- STC EXP 03330-2004-AA/TC
- STC EXP 00004-2004-CC/TC
- STC EXP 00008-2005-PI/TC
- STC EXP 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC
- STC EXP 00206-2005-PA/TC
- STC EXP 09248-2006-PA/TC
- STC EXP 04840-2007-PA/TC
- STC EXP 00559-2008-PA/TC
- STC EXP 03818-2009-PA/TC
- STC EXP 00002-2010-PI/TC
- STC EXP 01154-2011-PA/TC
- STC EXP 03891-2011-PA/TC
- STC EXP 03146-2012-PA/TC
- STC EXP 04773-2012-PA/TC
- STC EXP 05057-2013-PA/TC
- STC EXP 06681-2013-PA/TC
- STC EXP 00003-2013-PI/TC y acumulados
- STC EXP 01088-2016-PA/TC
- STC EXP 00029-2018-PI/TC
- STC EXP 00013-2021-PI/TC
- Casación 00054-2001-Lima
- Casación 00014-2006-Lima
- Casación 00007-2010-La Libertad
- Casación 04259-2010-La Libertad
- Casación 11169-2014-La Libertad
- Casación 12475-2014-Moquegua
- Casación 00321-2017-Lima
- Casación 12271-2017-Lambayeque
- I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral del 2012
- II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral del 2014
- IV Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Laboral y Previsional de 2015

Otras disposiciones nacionales

- Informe Técnico 000262-2010-SERVIR/GPGSC
- Informe Técnico 000271-2015-SERVIR/GPGSC
- Informe Técnico 001013-2020-SERVIR-GPGSC
- Informe Técnico 001224-2020-SERVIR-GPGSC
- Informe Técnico 001234-2020-SERVIR-GPGSC
- Informe Técnico 001519-2020-SERVIR-GPGSC

- Informe Técnico 000087-2021-SERVIR-GPGSC
- Informe Técnico 001479-2021-SERVIR-GPGSC
- Informe 0136-2021-EF/54.02
- Hoja Informativa 000009-2021-CG/DEGP

Fuentes de datos estadísticos

- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2013
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2014
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2015
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2016
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2017
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2018
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2019
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2020
- Anuario Estadístico del Ministerio de trabajo 2021

