

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**TITULO: “RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIO.
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 002-2010-PI/TC DESDE LA PERSPECTIVA DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA”**

**Artículo Académico para optar por el grado de segunda especialidad en Derecho
Administrativo**

Autor : Sergio Ismael Ramírez Cárdenas

Asesora : Janeyri Boyer Carrera

Cód. Alumno : 20088084

2017

RESUMEN EJECUTIVO

Nuestra Constitución Política de 1993 no obliga a la Administración Pública a establecer un régimen público único para los servidores públicos, facultando así, la coexistencia de un diversidad de regímenes públicos y privados.

El análisis e interpretación de la Función Pública y la Carrera Administrativa -como bienes Constitucionalmente protegidos-, nos permite establecer que el régimen Público laboral de la Administración Pública necesita una unificación; siendo que, uno de los objetivos de la Administración es que, toda aquella persona que brinde un servicio al Estado se encuentre sujeto a un régimen uniforme, con la finalidad de iniciar la modernización del servicio público “elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública”¹.

Este artículo académico tiene por finalidad analizar la Sentencia 002-2010-PI/TC - desde la perspectiva de la Función Pública- con la finalidad de establecer si el Régimen de Contratación Administrativo de Servicios cumplió con la finalidad pública por la cual fue creada.

Palabras claves: Régimen Público, Régimen CAS, Función Pública, Carrera Administrativa.

¹ Expediente 008- 2005-AI, Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público.

INTRODUCCIÓN.

El Decreto Legislativo N.º 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, fue expedido por el Poder Ejecutivo y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008. Sin embargo, con fecha 8 de enero de 2010, 5,000 ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, alegando que se vulneran los Artículos: 2.2º (derecho a la igualdad ante la ley), 27º (protección del trabajador frente al despido arbitrario), 42º (derecho de sindicación de los trabajadores públicos) de la Constitución Política del Perú. Asimismo, se alegaba que con dicho régimen se introducía un régimen administrativo -carente de derechos laborales- que generaba una situación de desigualdad frente a los trabajadores de otros regímenes, al no determinar el límite de vigencia del Régimen CAS, permitiendo su vigencia indefinida; a su vez, se afirmaba que el Régimen CAS no superaba el test de igualdad -vulnerando el principio del derecho a la igualdad en el acceso al servicio público-.

En respuesta a ello, la Procuraduría indicó que dicho Régimen brinda una igualdad de oportunidades para acceder a la contratación administrativa de servicios en las entidades estatales, garantizando los principios de mérito; asimismo, indica que dicho régimen tiene una regulación especial por lo que se regula de manera distinta que el Régimen 276º y el Régimen 728º.

El 7 de Septiembre de 2010, el Tribunal Constitucional se pronuncia e indica que, el Régimen CAS es un régimen especial de contratación laboral en el régimen público, cuyo marco normativo concuerda con el marco constitucional.

Este artículo académico tiene por finalidad analizar la Sentencia 002-2010-PI/TC - desde la perspectiva de la Función Pública- con la finalidad de establecer si el Régimen de Contratación Administrativo de Servicios cumplió con la finalidad pública por la cual fue creada.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS.

El Tribunal Constitucional, en un inicio, realiza un análisis del Decreto Legislativo N.º 1057 desde el Derecho Administrativo, al analizar si el contrato que se regula en este cuerpo normativo se rige por el derecho público; para ello, indica en su fundamentos 16 que:

*“16. Es que en general un contrato contiene –sin que ello importe intentar un análisis pormenorizado y sea solo con fines pedagógicos–, primero, **la identificación de las partes que lo suscriben, así como la descripción de la materia u objeto materia del mismo, luego las obligaciones que corresponden a cada parte, y finalmente las cláusulas vinculadas al incumplimiento, impugnación del contrato, pacto arbitral o de sometimiento a la competencia territorial de determinados jueces, etc., entre otras cláusulas**” (la negrita es nuestra)².*

En este fundamento, dicho colegiado, muestra la importancia de analizar los elementos que conforman un contrato de manera general, para poder determinar la naturaleza que adoptaría el contrato; es decir, que de acuerdo al tipo de sujetos en la relación contractual, el objeto materia de contratación y los derechos y obligaciones de los contratantes. Sin embargo, pese a mencionar los elementos que deben ser analizados para determinar la naturaleza del contrato, el Tribunal Constitucional establece la naturaleza laboral del contrato CAS al constatar que dentro del marco jurídico que regula dicho contrato se regulan derechos laborales -como puede apreciarse en los fundamentos 17 y 18 de la sentencia materia de análisis-³.

² Sentencia N° 002-2010-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, Ley que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, fundamento 16.

³ Sentencia N° 002-2010-PI/TC, fundamentos 17 y 18:

17. Sin embargo, en el presente caso resulta sumamente paradójico encontrar especificado dentro del marco jurídico que regula el contrato el detalle de los derechos fundamentales que deben respetarse como parte del contrato, lo cual evidencia la existencia de una relación laboral a la sola suscripción de los contratos.

18. Al respecto, en el Decreto Legislativo N.º 1057 se encuentran disposiciones que hacen dudar de que nos encontremos frente a un contrato administrativo, más allá de la denominación que se le haya pretendido dar al sistema de contratación regulado por él.

En consecuencia, el análisis realizado por el Tribunal Constitucional, conlleva a que concluyeran que el contrato del Decreto Legislativo N.º 1057 tiene naturaleza laboral, en base al reconocimiento de derechos fundamentales de contenido laboral que se presentan en dicho cuerpo normativo. Asimismo, indica que, la denominación determinada por el legislador (*contrato Administrativo*) no estaría acorde a lo regulado en el contrato CAS, sin tomar en cuenta los fundamentos que hacen en este cuerpo normativo un régimen especial⁴.

Al respecto, el análisis, desde el punto de vista contractual del contrato CAS, no se realizó con profundidad; toda vez que, el contrato administrativo tiene características especiales que lo diferencian del resto de contratos; es decir, que si bien mantiene los elementos descritos por el Tribunal Constitucional en su fundamento 16, no podemos estandarizar que los contratos regidos por el derecho administrativo tenga igual tratamiento que los contratos regidos por el derecho laboral, debido a que, cada uno contienen y se rigen por principios y características distintos. Por ello, al analizar la vinculación de los servidores públicos con la Administración debemos hacer referencia a la tesis Estatutaria y la tesis Contractualista.

Sobre el particular, *la tesis Contractual* indica que la “*relación entre el Estado y sus trabajadores no deja de ser una relación contractual sujeta a los derechos y obligaciones de carácter tuitivo por parte de éste. Esta tesis descansa en el desarrollo del modelo social y democrático de los estados*”⁵. Por ello, se entendería que la vinculación entre el empleado y la Administración no es por medio de un proceso unilateral, sino de un proceso bilateral,

⁴ Sentencia N° 002-2010-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, Ley que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, fundamento 19 “ (...) el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula”

⁵ HARO CARRANZA, J. E. (2012). *Derecho laboral en la administración pública*. Lima, Ediciones Legales. Pág. 54.

es decir, entre los sujetos de la relación existiría un acuerdo de voluntades sobre el objeto del contrato; en consecuencia, dicha tesis consideraría a un contrato como público únicamente “*porque uno de los sujetos de la relación es el titular de interés general*”⁶. Por otro lado, *la tesis Estatutaria o Unilateralista* plantea que la relación entre las partes nació de un acto unilateral por parte del Estado, el cual obtiene la validez del consentimiento del administrado. Si bien, debía existir el consentimiento por parte del administrado, este no conllevaba a la formalización de un contrato, debido a que la relación creada entre la Administración y el Administrado se rige por lo previamente establecido en el Estatuto, lo que conllevaba que la Administración pueda modificarla unilateralmente; por ello, debía entenderse que “*el estatuto legal tiene un acto unilateral de autoridad del Estado en el que para nada interviene la voluntad del funcionario o empleado, a no ser que para aceptar el cargo, en cuyo caso no es otra cosa que la adhesión a un hecho consumado*”⁷. Asimismo, SANCHEZ MORÓN establece que “*esa teoría contempla la situación jurídica del funcionario como una situación objetiva, definida por las leyes los reglamentos, que conlleva los siguientes elementos esenciales: a) el acceso a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante un contrato; b) que la relación de servicio del funcionario y servidor público se regula con carácter impersonal por normas generales y no por contratos individuales y convenios colectivos; c) que el funcionario no tienen ningún derecho adquirido al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones de trabajo o a impedir su modificación*”⁸

Del análisis de la doctrina antes citada, debemos concluir que, en el caso del Régimen CAS nos encontramos bajo la tesis Contractualista, debido a que en las últimas décadas la Administración hizo uso de la modalidad contractual y se ha ido alejando de la tesis estatutaria (lo que se ha llamado por muchos autores como la laborización del empleo público). Sin embargo, esto no debe significar que se determine que el contrato regulado en Régimen CAS es de naturaleza laboral privado, toda vez que, debemos analizar y comparar

⁶ Enciclopedia Jurídica Omega. Tomo X. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1982. Pág. 38

⁷ HARO CARRANZA, J. E. (2012). *Derecho laboral en la administración pública*. Lima, Ediciones Legales. Pág. 52.

⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1997). *Derecho de la función pública*. Madrid, Tecnos. Pág. 59

los *elementos y principios* que rigen a cada uno de los contratos -Administrativo y Laboral- para poder determinar su naturaleza.

El contrato laboral, según NEVES MUJICA, está conformado por tres elementos esenciales: la prestación personal, la subordinación y la remuneración, una vez que se encuentren estos tres elementos “deberemos considerarla tácitamente incluida en el ordenamiento laboral, salvo cuando fuera expresamente excluida por la ley, cuya constitucionalidad sería necesario evaluar con especial detenimiento”⁹. Asimismo, se establece que el principal elemento, en la configuración de una relación laboral, es la subordinación, entendida esta como la facultad de dirección que tiene el empleador frente al trabajador, quien tiene la obligación de acatar las órdenes o indicaciones designadas por el empleador, configurándose una relación de dependencia.

Asimismo, los principios¹⁰ que rigen el contrato laboral son: principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, irrenunciabilidad de derechos, *indubio pro-operario* y primacía de la realidad; a su vez, debe indicarse que en la relación contractual laboral entre la partes existirá mayor liberalidad, es decir que el consentimiento se dará siempre y cuando las partes estén de acuerdo con lo establecido; además, la relación laboral se regula en base a un interés privado en cada una de las partes.

Por otro lado, el contrato administrativo tendrá como partes a la Administración y al servidor público; sin embargo, la relación contractual entre ambos es diferente; debido a que, la Administración representa el interés general; en consecuencia, la liberalidad de las partes queda reducida, como indica PASCO CÓSMOPOLIS, a que “*todos los elementos vienen prefijados por la ley y no hay espacio para la autonomía. El ingreso, las remuneraciones, los derechos y beneficios, los ascensos y promociones, las infracciones y sanciones, el cese y, en suma, todos los aspectos propios de la relación vienen definidos*

⁹ NEVES MUJICA, Javier. “*Principales objeciones al contrato Administrativo de Servicios*”. Laborem No 9. Pág. 79 – 93.

¹⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Principios del Derecho. Edit. De Palma. Buenos Aires 1976, p.13. “son preceptos que sustentan y tipifica este derecho, ideas fundamentales y organizadoras de la institución jurídico-laboral; es el verdadero fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo”

por normas legales a las que quedan sujetos rígidamente quienes prestan sus servicios al Estado en sus diversas reparticiones”.

Asimismo, el contrato administrativo se regula bajo principios particulares como son el interés público, legalidad, provisión presupuestaria, de mérito, eficacia – transparencia e igualdad de oportunidades; siendo el primero el más importante. Por tanto, puede entenderse que la particularidad que tiene el contrato administrativo es que en este se regula el “interés público”¹¹, siendo este un concepto jurídico indeterminado, que tendrá que ser interpretado de acuerdo a cada caso. Por ello, consideramos este concepto como “*la necesidad (por parte de la Administración) de recursos humanos para una adecuada prestación de servicios públicos*”¹². Asimismo, es importante mencionar que el principio de provisión presupuestal¹³, que debe entenderse como la supeditación de la disponibilidad presupuestal para todo acto que se realice dentro de los Regímenes públicos (sea acceso al servicio público, progresión y la mejora en las compensaciones) los cuales deberán estar previamente autorizados y presupuestados para su ejecución.

Al respecto, luego de lo analizado, consideramos que el contrato regulado en el Régimen CAS tendría una regulación mixta, es decir que dicho contrato se regula tanto por el régimen laboral como por el régimen público; toda vez que, desde el punto de vista laboral, encontramos los elementos que configuran una relación laboral; por otro lado,

¹¹ STC N° 2488-2004-AA/TC, fdm. 6 al 7 (Empresa de Transportes Sol Del Perú vs. Municipalidad Provincial de Pasco). “**El interés público**, es típicamente **un concepto indeterminado**. Es decir, se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias. Así, no se trata de un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la arbitrariedad, **sino que se trata de un concepto cuyo contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas que además hacen razonable poner fin a la concesión**. De este modo, la conceptualización del interés público en cada caso concreto justifica y sustenta el poder de resolución unilateral de que goza el Estado y constituye un límite a la arbitrariedad”

¹² Sentencia Caso Ley del Servicio Civil. Fundamento 23.

¹³ Sentencia Caso Ley de Presupuesto Público. Fundamento 17. “La Ley de Presupuesto cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados para la ejecución de un ejercicio presupuestal concreto. Por ello, todo lo relacionado con la previsión de los ingresos del Estado y la habilitación de los gastos para la ejecución en un ejercicio presupuestal debe estar dentro de un solo y único texto normativo, con carácter anual, que expresamente delimite y guíe la política económico-financiera del Estado”.

desde el punto de vista administrativo, encontramos elementos y principios de contenido administrativo, ya que se busca satisfacer la necesidad de personal que realice servicios públicos, además de que en la ley los derechos, obligaciones y modo de acceso vienen fijados por la misma ley, estableciéndose una reducida liberalidad entre las partes. Esto no significa que un Estatuto no pueda albergar derechos laborales constitucionalmente reconocidos, en concordancia con SANCHEZ MORÓN, consideramos no existe una pugna entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo, más bien es una relación de complementación en la cual es el derecho administrativo que se complementa al regular derechos laborales, pero desde la perspectiva del derecho y principios que rigen el derecho Administrativo. Esta afirmación tiene sustento del análisis del principio de Interés Público con el principio de Interés Privado, al indicarse que la relación entre estas no sería una de oposición sino de complementación de los intereses privados al interés público en la medida que son afines; el autor Sainz Moreno aclara dicha integración manifestando que *“en sí misma la noción de interés público se distingue, aunque no se opone, a la noción de interés privado. Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencia, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado. Empero, el carácter público de interés no implica oposición desvinculación con el interés privado.”* Asimismo, Morón explica la relación complementaria de los intereses al indicar que *“comúnmente se afirma que el interés público prevalece sobre el o los interés individuales, como si se trataran de fenómenos distintos como intereses contradictorios. Sin embargo, no se aprecia que el interés privado participa del interés público (...) ¿Acaso, al ciudadano que ve limitado su propiedad por una servidumbre administrativa para expandir el servicio del agua, no participa en el interés de expansión del servicio público?”*¹⁴.

Con respecto a lo antes mencionado, cabría preguntarnos, ¿qué naturaleza jurídica rige en el Régimen CAS?, una respuesta indicaría que ambas deberían *“coregular”* y coexistir dentro del régimen CAS; sin embargo, considero que el derecho administrativo debe regir y complementarse con el derecho laboral, debido a la importancia del interés

¹⁴ Morón Urbina, Juan Carlos, “la construcción de la noción jurídica de interés público a partir de las sentencias del TC”. Pág. 610

público por encima del interés privado de las partes; asimismo, por una característica que diferencia a un trabajador privado de un servidor público, “*la función pública*”, la cual debe ser entendida desde un sentido material como “*toda actividad temporal o permanente, remunerada o honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*”¹⁵; por lo que, debe entenderse que los servidores bajo el régimen CAS realizarán función pública, no como consecuencia de que el vínculo contractual establezca que realizan función pública, sino por el mismo hecho de ejercerla, es decir se analiza de manera funcional, las funciones o cargos públicos que desempeñen los servidores públicos en los cargos designados y no por el vínculo jurídico que uniría a la Administración con el servidor público.

Asimismo, la legislación de la función pública debe “*regular las garantías de acceso de los ciudadanos a los cargos y empleos públicos en condiciones de igualdad y sobre la base de los criterios de mérito y capacidad, tanto si se trata de empleos reservados a funcionarios como aquellos para ser ocupados por personal contratado*”¹⁶, por ello, consideramos que los servidores públicos regulados por el Decreto Legislativo N. ° 1057, realizaría función pública, los cuales se rigen bajo principios de derecho Administrativo¹⁷ que estudiaremos en el siguiente punto.

2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN CAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA CARRERA ADMINISTRATIVA.

Debemos iniciar indicando que, la Constitución no prohíbe la coexistencia de regímenes públicos (régimen 276 que regula la carrera administrativa, como otros regímenes que vinculan a los servidores con el Estado); sin embargo, lo cuestionable es la cantidad (15) de regímenes que coexisten en el régimen público lo que ha originado

¹⁵ Sentencia Caso Ley del Servicio Civil. Fundamento 18.

¹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1997). Derecho de la función pública. Madrid, Tecnos. Pág. 65

¹⁷ Considero que establecer que el Régimen CAS es solo una modalidad de vinculación con la Administración Pública conllevaría equiparlo con la contratación por Servicios No Personales que realizaba el Estado antes de la promulgación del Decreto Legislativo N. ° 1057, con la única diferencia que ahora se le reconocerían algunos derechos laborales, lo cual produjo que los servidores públicos regidos por el Régimen CAS fueran vistos como trabajadores de segunda categoría.

inequidad entre los servidores públicos que se refleja, por ejemplo, en el ámbito remunerativo al apreciarse que “*en el Estado existía (...) una dispersión y diversidad de conceptos remunerativos (...) que determinan que dos personas que hacen exactamente el mismo trabajo en dos entidades distintas (e incluso, en la misma entidad), cuenten con distintas remuneraciones (en ocasiones, abismalmente diferentes)*”¹⁸.

Asimismo, el Tribunal Constitucional indica que “*no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N° 1057 como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes*”¹⁹. A su vez, el Tribunal Constitucional establece, en su fundamento 34, que dada la naturaleza laboral del contrato CAS no era posible que la norma impugnada fuera aplicada tal cual fue promulgada “en tanto que considera como una norma de naturaleza laboral, exige que sea interpretada y complementada con el contenido de la Constitución”, es decir debía complementarse con los derechos laborales constitucionalmente reconocidos.

Es importante mencionar que, este reconocimiento del Tribunal Constitucional reivindicó la condición de trabajadores que tenían los servidores públicos regidos por el Régimen CAS frente al resto de servidores regidos por otros regímenes; toda vez que, desde su entrada en vigencia en el 2008, fueron considerados como trabajadores de “*segunda categoría*”, pese a que dentro de su marco jurídico se reconocía ciertos derechos laborales, pero que en comparación con los derechos que tenían los otros regímenes, no resultaba suficiente, lo que propicia esta discriminación (algunos ejemplos: vacaciones por 15 días, cuando los servidores de carrera y los sujetos a la 728 gozan de 30 días; sin derecho a la sindicalización y a la negociación colectiva, cuando servidores de carrera y la 728 gozan de estos derechos).

Por tanto, desde el punto de vista del derecho laboral, podemos señalar que el Régimen CAS sería discriminatorio debido a que no reconoció derechos laborales

¹⁸ BOYER CARRERA, J. La reforma del empleo público en el Perú: Análisis del Nuevo Servicio Civil. Pág. 4

¹⁹ STC EXP. N. ° 00002-2010-PI/TC. Fundamento 26.

constitucionales de los servidores bajo su régimen, lo cual originó que fueran vistos como servidores de segunda categoría.

Sin embargo, un análisis desde el punto de vista del derecho administrativo, nos muestra que este régimen es discriminatorio debido a que vulneraba los derechos y obligaciones de la Función Pública y de la Carrera Administrativa.

a. **La Función Pública y la Carrera Administrativa**

Consideramos importante dar una aproximación al concepto de Función Pública y al concepto de la Carrera Administrativa, a fin de poder entender de forma idónea la importancia para el servicio público.

Respecto a la **Función Pública**, en el marco jurídico internacional se determinó en la Carta Iberoamericana de la Función Pública, que *“La función pública de un país puede albergar relaciones de empleo basadas en un nombramiento o en un contrato, reguladas por el derecho público o por el derecho privado, y cuyas controversias se sustancian ante órganos judiciales especiales o ante tribunales comunes”*²⁰. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su Artículo I, determina que *“Función Pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural, en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*; a su vez, determina las 3 características de un funcionario público²¹.

²⁰ Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en el año 2003

²¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su Artículo 2, literal a): *“Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio”*.

Por otro lado, en el marco jurídico interno encontramos un alcance general de la Función Pública, en el artículo 39 de nuestra Constitución se indica que “(...) *los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación (...)*”²². Como puede apreciarse, no existe una determinación precisa del concepto de Función Pública, es decir no existe una definición uniforme; como consecuencia, se promulgaron leyes que desarrollaran el contenido constitucional de este derecho. Por ello, encontramos que en el Reglamento del Decreto Supremo N° 005-90-PCM “*ley de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público*” en su artículo 4 se establece que “*Considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel, en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son determinados por Ley*”. Asimismo, en la Ley N° 27815 “*Ley del Código de Ética de la Función Pública*” en sus artículos 4.1 “*Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre de servicio del Estado*”.

Del análisis de los conceptos antes citados podemos indicar que, la función pública tiene un contenido doble: *material y personal*. Respecto al contenido material, hace referencia a las funciones con finalidad pública de una entidad pública, así como, los deberes y obligaciones que afectan a los servidores públicos (como la lealtad a la Constitución y a la ley, imparcialidad, interés público) que diferencian al trabajador privado de un servidor público. Por otro lado, respecto al contenido Personal, hace referencia a la vinculación que tiene el servidor público con la Administración Pública, es decir si nos encontramos frente a servidores con cargo representativo o no representativo, rigiéndose

²² Constitución Política del Perú, Art. 39 “*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley*”

este último por los principios de mérito y capacidad en el acceso al servicio público. Esto fue recogido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 05057-2013-13A/TC (Caso ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO):

“La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. (...) una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto -función pública- exige entenderlo de manera amplia, (...). 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 (...)”

A su vez, respecto a la **Carrera Administrativa**, esta fue reconocida en el artículo 40° de nuestra Constitución, al determinar su finalidad de regular el ingreso y establecer quienes no forman parte de la carrera administrativa²³.

Luego de haber desarrollado estos dos derechos constitucionales es necesario indicar la estrecha vinculación respecto al servicio público; al respecto, podemos indicar que la carrera administrativa es el instrumento técnico jurídico que permite la ejecución de la función pública, estableciendo el modo de acceso, progresión y permanencia de los servidores públicos; por ello, coincidimos con los indicado por Arroyo Yanes al definir que la carrera administrativa es *“instituto jurídico mediante el cual la organización de la función pública se construye y estructura, a partir de una serie de conceptos que tienen por fin último permitir que el funcionario pueda servirse de un conjunto de instrumentos jurídicos diseñados para que goce de la máxima movilidad interna en el seno de la función*

²³ Constitución Política del Perú, Art. 40 “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. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”.

pública, vertical, horizontal y espacialmente, respetando siempre los principios de consolidación y mérito profesional”²⁴.

Dada esta vinculación, consideramos importante desarrollar el acceso, progresión y permanencia de los servidores públicos en el ejercicio de la Función Pública.

b. Acceso, progresión y permanencia.

Como mencionamos en párrafos anteriores, desde el punto de vista funcional, la legislación de la función pública tiene por finalidad “*regular las garantías de acceso de los ciudadanos a los cargos y empleos públicos en condiciones de igualdad y sobre la base de los criterios de mérito y capacidad, tanto si se trata de empleos reservados a funcionarios como aquellos para ser ocupados por personal contratado*”²⁵; al respecto, si hablamos del acceso a la función pública debemos hacer referencia a la relación que tiene con el concepto de carrera administrativa -entendida ésta como un sistema jerarquizado de *progresión y permanencia* que podrán acceder los servidores públicos en base a criterios objetivos de mérito y capacidad-, que tiene como objetivo principal asegurar que la Administración cuente con personal calificado para realizar los servicios públicos, la cual favorece a la imparcialidad del servidor público, al contar con estabilidad en el empleo público y estar protegido frente posibles vaivenes (políticos en su mayoría) que pudieran vulnerar esta estabilidad, además –agrega SÁNCHEZ MORON, “*de esta manera puede hacerse atractivo tanto el ingreso como la permanencia en la función pública mientras que se recompensen al funcionario por su esfuerzo de promoción*”²⁶; asimismo, indica el mismo autor que, la progresión (ascender) es un modo de acceder (acceso) a un nuevo puesto o categoría en la función pública.

Pon tanto, podemos indicar que la legislación de la función pública se complementa

²⁴ Arroyo Yanes, L. M., “*Presente y futuro de la carrera administrativa de los funcionarios públicos*”. En Conferencia impartida en *Jornadas de sobre el personal de las Administraciones Públicas*, Universidad de Sevilla, noviembre, 2004.

²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1997). *Derecho de la función pública*. Madrid, Tecnos. Pág. 65

²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1997). *Derecho de la función pública*. Madrid, Tecnos. Pág. 147

con el concepto de la carrera administrativa al regularse el acceso al servicio público, en base a criterios objetivos de mérito y capacidad, con la finalidad de establecer un sistema de progresión y permanencia que garantice la imparcialidad objetiva del servidor público en el desempeño de sus funciones.

Asimismo, como mencionamos antes, el concepto de "función pública" respecto del derecho al acceso al servicio público está comprendido por dos tipos de función: la función pública **representativa**; y, la función pública **no representativa**. El tribunal Constitucional en el EXP 05057-2013-13A/TC indicó que *“la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretadas de la manera más amplia posible (...). Conforme a lo expuesto, 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”*

Sobre el particular, lo antes mencionado adquiere relevancia para el análisis del régimen CAS, al ser comparado con otros regímenes públicos respecto al **acceso, progresión y permanencia**. Pese a que el tribunal Constitucional indicó en su fundamento 33 que no puede realizarse un análisis desde el principio de igualdad al acceso al servicio público debido a que nos encontramos frente Regímenes distintos²⁷.

Consideramos que el Tribunal pudo profundizar respecto a la justificación al momento de determinar una distinción en el acceso; sin embargo, en este trabajo se analiza el acceso al servicio público con la finalidad de establecer si existe una diferencia determinante que justifique la distinción.

Con respecto al *acceso*, debemos indicar que no hallamos rasgos discriminatorios; por el contrario, hallamos semejanza entre el régimen CAS con el resto de regímenes

²⁷ STC EXP. N. ° 00002-2010-PI/TC. Fundamento 33 “realizar un análisis bajo los presupuestos 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 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”

públicos, debido a que, para el acceso a una vacante, estas tendrán que estar previamente presupuestadas y autorizadas. Asimismo, la selección se basará en criterios objetivos, en base al criterio de mérito y capacidad -principio que diferencia al sector público del sector privado, debido a que en el sector privado el empresario o empleador tiene la liberalidad de escoger al trabajador que desee según su propio interés y criterio; en cambio, en el sector público, la liberalidad casi inexistente o restringida (como por ejemplo los servidores públicos de “confianza” cuya acceso se establecerá según las características y requisitos del puesto²⁸), toda vez que el acceso a la función pública deberá sustentarse en criterios de mérito, talento y capacidad de los postulantes.

Respecto a la *progresión* indicamos que todo el régimen público se organiza según el principio de jerarquía. En efecto, el Decreto Legislativo N. ° 276 establece en su artículo 11 que para la progresión sucesiva en los niveles se tomará en cuenta los estudios de formación general y de capacitación, méritos individuales y la antigüedad del servidor público, estos requisitos de progresión pueden entenderse al ver que dicho régimen basa su jerarquización en *grupos ocupacionales* -segmentados entre auxiliares, técnicos y profesionales-. Asimismo, puede apreciarse que el modo de ascenso en este régimen es vertical según se establece en su artículo 16 “*El ascenso del servidor en la carrera Administrativa se produce mediante promoción al nivel inmediato superior de su respectivo grupo ocupacional, previo concurso de méritos*”. Por otro lado, el Régimen regulado Ley N° 30057 “Ley del Servicio Civil” se rige por los principios de jerarquía y idoneidad, en el que se introduce una “perspectiva técnica de recursos humanos de la que carecieron las anteriores normas de empleo público”²⁹, a diferencia del régimen 276, la progresión vertical (entendida cuando se realiza en la misma entidad de origen) y la progresión transversal (cuando se realiza en entidades públicas distintas a la de origen). Sin

²⁸ LEY N° 28175 “LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO”. Artículo 2.- Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

²⁹ BOYER CARRERA, J. La reforma del empleo público en el Perú: Análisis del Nuevo Servicio Civil. Pág. 12

embargo, el régimen regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057 no establece una progresión, toda vez que el contrato tendrá un plazo determinado (máximo de 1 año), pese a que muchos servidores públicos realizan funciones similares a los de otros servidores que se encuentran bajo régimen distintos; estos hechos mostrarían que habría un trato discriminatorio cuando existe servidores en régimen CAS que lleven años sirviendo a la Administración sin que se les reconozca los mismos beneficios, sin embargo hay que aclarar que con respecto a los servicios públicos de carácter temporal (suplencia, programas temporales...etc.) no existiría trato discriminatorio la naturaleza temporal del servicio.

Con respecto, a la *permanencia* debe señalarse que está vinculada a la estabilidad en el empleo público o a la inmovilidad del cargo, frente a posibles vaivenes de la Administración que pudieran vulnerar el principio de imparcialidad que debe cumplir el servidor público en la ejecución de la función pública. Este principio debe entenderse como “*la obligación de neutralidad política del funcionario, esto es, lo que se denominaba principio de eficacia indiferente*”³⁰, es decir que, el servidor público está obligado a brindar servicios a la Administración de forma neutral y objetiva, es decir que no debe existir ningún interés en favorecer ilegalmente a otra persona. El ordenamiento Jurídico protege este principio a través de la legislación de incompatibilidad establecida como la obligación de abstención frente a hechos controvertidos. Ahora bien, en el Régimen CAS este principio tiene mayor riesgo de ser vulnerado, debido a que el contrato CAS es a tiempo determinado (como máximo un año) lo que conlleva a una inestabilidad en el empleo público por parte de los servidores, lo que ocasiona un régimen de inseguridad por lo que los servidores podrían ser más vulnerables a acceder a intereses ajenos por miedo a la no renovación del contrato. Estos hechos configurarían una desigualdad en la protección en el desempeño de las funciones de los servidores que podría catalogarse como discriminatorio.

Por tanto, puedo concluir que la regulación del régimen CAS configuraría como discriminatoria frente a la protección que brindan los otros regímenes a sus servidores públicos.

³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1997). *Derecho de la función pública*. Madrid, Tecnos. Pág. 251

3. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN CAS COMO RÉGIMEN ESPECIAL.

El Tribunal en el fundamento 33³¹, de la sentencia en análisis, este colegiado determina un trato diferenciado del régimen CAS en comparación con el resto de regímenes públicos existentes al indicar que “*el acceso a ellos, es de diferente naturaleza, lo que justifica un trato diferenciado*”. En consecuencia, es menester preguntarnos que determina el carácter “especial” al régimen CAS. Al respecto, se indica que “*las relaciones laborales especiales se caracterizan por producirse en un ámbito donde la dirección y organización del trabajo presentan una estructura distinta a la habitual o típica*”³², es decir, que un régimen especial se determinará por las particularidades objetivas de la naturaleza de la prestación de servicio, la singularidad de la entidad prestadora de servicios y las condiciones propias de cada sector.

Como ya se analizó en párrafos anteriores, la Constitución Peruana permite la coexistencia de regímenes públicos laborales -Régimen D.L N° 276, regula la actividad pública, y Régimen D.L N° 728, que regula la actividad privada- siendo el régimen CAS especial por tener un acceso distinto a los dos regímenes antes mencionados. Como puede apreciarse, el fundamento con el que el Tribunal justifica el carácter especial del Régimen CAS, resulta insuficiente toda vez que no existiría una razón objetiva para diferenciar con respecto a los otros regímenes públicos ni una diferencia en el acceso, ya que este se regirá mediante los principios de mérito y capacidad, por lo que argumentar que el régimen CAS tiene carácter especial por tener reglas de contratación distinta no bastaría para considerarlo diferente al resto de regímenes.

Acorde a lo antes mencionado, considero que el carácter especial del Régimen CAS

³¹ Sentencia N° 002-2010-PI/TC, fundamentos 33: En ese sentido se propuso realizar un análisis bajo los presupuestos 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.

³² Avilés Ojeda, Antonio. *Las relaciones laborales especiales*. En: *Laborem*. Número 8. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008. pp. 37 y 38.

se fundamenta por la necesidad de personal que tiene la Administración para satisfacer los servicios *temporales*, la regulación mixta que coexiste en Régimen CAS³³ y, por último, las circunstancias por la que se creó dicho Régimen. Este último punto es importante desarrollarlo, ya que el Régimen CAS se implementó como una medida de suplencia de los contratos SNP que vulneraban derechos de los servidores públicos y como un régimen “transitorio” que serviría como medio para la creación de un Régimen Único.

En la actualidad, puede observarse que el régimen CAS no cumplió con la finalidad para lo que fue creado (un medio de unificar los regímenes públicos mediante la Ley Servir) debido a que no se estableció un tiempo determinado de vigencia del régimen CAS, asimismo, debe indicarse que tampoco existe voluntad de política de realizar este cambio, toda vez que este régimen es considerado hoy en día como el “régimen más flexible” debido a que puede contratarse a personal que realice servicios permanentes con subordinación, bajo contratos temporales, es por ello que la cantidad de contratación mediante el régimen CAS creció en los últimos años como puede mostrarse en la siguiente imagen,



Trabajadores bajo el régimen CAS. (Gráfico: Antonio Tarazona / El Comercio)

El crecimiento, tanto en número como en presupuesto, viene generando una serie de cuestionamientos frente a la reforma del sector público más importante de las últimas décadas mediante la plena ejecución de la Ley del Servicio Civil.

³³ Regulación mixta al estar regulada por el derecho Administrativo y el derecho Laboral. El primero, por ser un contrato público regido bajo los principios y deberes del derecho público; el segundo, por reconocer derechos laborales constitucionales y configurarse los 3 elementos de una relación laboral

4. CONCLUSIONES.

i. Que, como conclusión general consideramos que, el Tribunal Constitucional realizó un análisis e interpretación parcial para la resolución de los problemas identificados en esta sentencia.

ii. Que, el Régimen CAS tendrá una regulación mixta del derecho Laboral y del derecho Administrativo, sin embargo, el derecho Administrativo prima sobre el Laboral, debido a que regula el Interés General.

iii. Que, el Régimen CAS resultaría discriminatoria desde el análisis de la vulneración de la Función Pública y Carrera Administrativa como bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, en la *progresión* y la *permanencia*.

iv. Que, el derecho a la estabilidad en el empleo público sería vulnerando por el Régimen CAS, toda vez que, no brinda protección adecuada en comparación con otros regímenes públicos con respecto a la vulneración del deber de imparcialidad frente a la renovación limitada.

v. La flexibilidad en la vinculación con la Administración Pública mediante la contratación CAS, la imposibilidad de vinculación permanente con la Administración por el principio presupuestario y la necesidad de la Administración de personal que satisfaga los servicios que se prestan a la ciudadanía, fueron los argumentos que sustentaban un trato especial.

vi. El régimen CAS debió ser un régimen transitorio que serviría como medio para la creación o consolidación de un régimen único. Al perderse el carácter transitorio originó que se enfatizara el tratamiento desigual que tenían los servidores públicos.

5. BIBLIOGRAFÍA.

Arroyo Yanes, L. M.,

2004 “*Presente y futuro de la carrera administrativa de los funcionarios públicos*”. En Conferencia impartida en *Jornadas de sobre el personal de las Administraciones Públicas*, Universidad de Sevilla, noviembre, 2004.

Avilés Ojeda, Antonio.

2008 *Las relaciones laborales especiales*. En: *Laborem*. Número 8. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008. pp. 37 y 38.

Bermúdez Tapia, Manuel.

2012 “*Perspectiva de evolución del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios*. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 44 Febrero 2012.

Boyer Carrera, Janeyri.

“*La reforma del empleo público en el Perú: Análisis del Nuevo Servicio Civil*”. Pág. 12

El Servicio Civil Peruano.

2012 *Antecedentes marco normativo actual y desafíos para la reforma*. Servir. Mayo 2012.

Haro Vargas, Carlos Enrique

2016 “*La Relación Estado Empleador – Servidores Públicos Y El Derecho A La Negociación Colectiva En La Administración Pública* ” Trabajo de Investigación para optar por el Grado de Maestro en Derecho Empresarial. Universidad de Lima, 2016

Humana, Luis –Mayor, Jorge

2012 “Presunción de liberalidad y casualidad frente al *Contrato Administrativo de Servicio*”. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 44 Febrero 2012.

Juan Carlos Morón Urbina

“la construcción de la noción jurídica de interés público a partir de las sentencias del TC”. Pág. 610

Martin Tirado, Richard J.

2011 “*El régimen del Contrato Administrativo de Servicio: nueva soluciones para un viejo problema*” Revista Circulo de Derecho Administrativo. Tomo 51

Martínez Trelles, Antony

2014 “*manual del Servicio Y Régimen laboral Público*”. Febrero del 2014.

Neves Mujica, Javier.

“*Principales objeciones al contrato Administrativo de Servicios*”. Laborem No 9. Pág. 79 – 93.

Pasco Cosmopolis, Mario.

“*Consideraciones acerca del contrato administrativo de servicios*”. Laborem No 9. Pág. 113 – 120.

Plá Rodríguez, Américo.

1976 Principios del Derecho. Edit. De Palma. Buenos Aires 1976, p.13.

Sánchez Morón, Miguel.

1977 “*Derecho de la función pública*”. Madrid, Tecnos. 1977.

Silva-Romero, Cristian.

2017 “*Mérito Y Capacidad: En Defensa De La Carrera Y Función Pública*”. Universidad de Piura, 2017.

II Congreso nacional de la sociedad peruana del derecho de trabajo y la de la seguridad social.

2006 “*Derechos Laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*”. Noviembre del 2006

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

2001 "Contratos Administrativos. Se Distinguen Por Su Finalidad De Orden Público Y Por El Régimen Exorbitante Del Derecho Civil A Que Están Sujetos.". Tomo XIII, abril de 2001, página 324, tesis P. IX/2001.

