

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

**La aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia
peruana para la reposición laboral de los servidores públicos CAS como una forma
adecuada de protección frente al despido arbitrario**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad
en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autor:

Geraldine Ambar Condori Gomero

Asesor:

Luis Enrique Mendoza Choque

Lima, 2021

Informe de Similitud


Yo, MENDOZA CHOQUE, LUIS ENRIQUE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “La aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia peruana para la reposición laboral de los servidores públicos CAS como una forma adecuada de protección frente al despido arbitrario”, del autor(a) CONDORI GOMERO, GERALDINE AMBAR, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 07/03/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de marzo del 2024

MENDOZA CHOQUE, LUIS ENRIQUE	
DNI: 40967258	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4576-4608	

La aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia peruana para la reposición laboral de los servidores públicos CAS como una forma adecuada de protección frente al despido arbitrario

Resumen: Una diversidad normativa de los regímenes laborales que existe en el empleo público y las posturas asumidas en la jurisprudencia nacional, al resolver los casos de desnaturalización de las órdenes de servicio (locadores de servicios) e ineficacia de los contratos administrativos de servicio en el ámbito del empleo público vemos que los servidores públicos tienen menor protección laboral respecto a la reposición laboral (efecto restitutorio) que el ámbito privado sí reconoce.

Como comentario crítico, presento algunos criterios empleados en nuestra justicia jurisdiccional con relación a la reposición laboral, a fin de analizar si los órganos jurisdiccionales, como garantes de la justicia, orientan sus decisiones hacia la protección del derecho al trabajo, en base al o primacía de la realidad, o de resguardar los intereses del Estado (en términos presupuestarios).

Aquello se denota con mayor claridad con la Sentencia del TC recaído en el Expediente N.º 002-2010-PI/TC que declara al régimen CAS como un régimen laboral especial o el Precedente Huatuco, para pasar desapercibido la existente y evidente relación laboral, sin importar la necesidad de aplicar control difuso para administrar justicia, aspecto que limita la tutela jurisdiccional efectiva. Es decir, pareciera que el Estado tiene “patente de corso” para afectar derechos constitucionales, so pretexto del presupuesto público.

Por tanto, el objetivo del presente artículo es focalizar la postura de la reposición laboral en el sector público, como consecuencia de la existencia de una estabilidad laboral que no debe perderse si planteamos la defensa del derecho del trabajo en aplicación de los principios laborales, en especial el principio de primacía de la realidad.

Abstract: A normative diversity of labor regimes that exists in public employment and the positions assumed in national jurisprudence, when resolving cases of denaturalization of service orders (service providers) and ineffectiveness of administrative service contracts in the field of public employment we see that public servants have less labor protection with respect to job replacement (restitution effect) that the private sector does recognize.

As a critical comment, I present some criteria used in our jurisdictional justice in relation to job replacement, in order to analyze whether the jurisdictional bodies, as guarantors of justice, orient their decisions towards the protection of the right to work, based on or primacy reality, or to protect the interests of the State (in budgetary terms).

This is more clearly denoted by the Judgment of the TC relapsed in File No. 002-2010-PI / TC that declares the CAS regime as a special labor regime or the Huatuco Precedent, to go unnoticed the existing and evident labor relationship, regardless of the need to apply diffuse control to administer justice, an aspect that limits effective judicial protection. In other words, it seems that the State has a "marque certificate" to affect constitutional rights, under the pretext of the public budget.

Therefore, the objective of this article is to focus the position of job replacement in the public sector, as a consequence of the existence of a job stability that should not be lost if we propose the defense of labor law in application of labor principles, in special the principle of primacy of reality.

Palabras claves: Reposición laboral-empleo público-estabilidad laboral-principio de primacía de la realidad-acceso a la función pública-mérito y capacidad-equilibrio presupuestal.

Keywords: Job replacement-public employment-job stability-principle of primacy of reality-access to the public function-merit and capacity-budget balance.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.....	5
1. LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	6
1.1.Conceptos básicos.....	6
1.2.Consideraciones del TC sobre la función pública.....	6
2. DISPERSIÓN NORMATIVA DE REGÍMENES LABORALES GENERALES.....	7
3. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS.....	9
3.1.Breve contexto histórico.....	9
3.2.Constitucionalidad del CAS como nuevo régimen laboral especial.....	10
3.3.Jurisprudencia relevante sobre la reposición laboral de los servidores contratados bajo la modalidad CAS.....	13
3.4.Respecto a la vulneración del principio de igualdad.....	18
3.5.El contrato CAS vulnera el principio de provisión presupuestaria.....	19
4. ESTABILIDAD LABORAL VS. MÉRITO Y ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	19
5. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LOS CASOS SOBRE REPOSICIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO.....	21
6. CONCLUSIONES.....	27
7. RECOMENDACIONES.....	29
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

INTRODUCCIÓN

La mirada histórica acerca de los recuentos que existen en los regímenes laborales en el Perú, tiene como propósito poner en contexto la defensa del Derecho del trabajo, desde su manifestación de salida, que es el límite al despido ad nutum o arbitrario. El Derecho del trabajo reconoce métodos de reparación al afectar la estabilidad laboral.

Por tanto, el objetivo del presente trabajo es focalizar la postura de la reposición laboral en el sector público de aquellos que han sido contratados bajo el régimen especial de contrato administrativo de servicios, como una forma adecuada de protección del derecho del trabajo, al optar por la postura de la estabilidad laboral que no debe perderse si planteamos la defensa del derecho del trabajo en aplicación de los principios Constitucionales, laborales y, en especial, el principio de primacía de la realidad.

Asimismo, se busca mostrar si la reposición laboral es una contrapartida con el acceso a la función pública en términos de mérito y capacidad de los servidores públicos de este régimen laboral “especial” reconocido como constitucional por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en la STC N° 002-2010-PI/TC, cuando para la doctrina nacional se trata en realidad de un régimen contractual precario, que vulnera el artículo 27° de la Constitución.

Ahora bien, es pertinente hacer mención de la postura inicial del legislador respecto al reconocimiento de derechos laborales en razón de la Ley N.° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, buscando la eliminación del contrato CAS y reconociendo que estamos frente a contrataciones laborales subordinadas, bajo el régimen de la actividad privada por tiempo indeterminado.

1. LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.1. Conceptos básicos:

La Función Pública es una institución jurídica constitucional, considerada distinta al que versa sobre servidores y/o funcionarios del Estado (según artículo 2 de la Ley N° 27815, del Código de Ética de la Función Pública), lo que significa que esta función estadual implica actos soberanos de poder.

Para Gustavo Bacacorzo son actividades dirigidas a cumplir las funciones del aparato estatal y las políticas de gobierno (citado en PATRON FAURA, Pedro/ PATRON BEDOYA, Pedro, 2004 p, 153-155). Es decir, ingresan por sus capacidades, sometiendo sus relaciones en la entidad pública a un régimen especial del Derecho Administrativo.

Sin embargo, el objetivo no es solo exponer términos conceptuales; sino mostrar si dentro de los distintos regímenes que regulan la función pública en Perú se han respetado los principios jurídicos del empleo público. Específicamente, nos referiremos a la estabilidad laboral en su manifestación de entrada y de salida en el marco del D. Leg. N° 728 o D. Leg. 1057 y plantear la interrogante si es que los criterios jurídicos de los principios laborales se ven subyugados a la hora de resolver los casos de demandas laborales por reposición laboral y, en consecuencia, el reconocimiento de derechos laborales de los servidores públicos.

1.2. Consideraciones del TC sobre la función pública

Nuestro Estado como República Democrática tiene representantes que prestan servicio público, ejerciendo función pública, los cuales deben estar para servir a la Nación, desde el más alto cargo hasta los subordinados, conforme lo señala el Fundamento 13 de la STC N° 008-2005-AI/TC, incluyendo a los servidores que cumplen función militar y policial.

Para ello, la Ley Marco del Empleo Público (en adelante, LMEP) ha señalado que el principio de legalidad guarda relación directa con el bien jurídico tutelado en el artículo 40 de la Constitución, esto es, la carrera administrativa, regulando para ello, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

Portando reconocimiento constitucional, esta ley alberga los principios que rigen el empleo público, previstos en su artículo IV del Título Preliminar, de los cuales será

pertinente abordarlos en el presente trabajo, los siguientes: Principio de mérito y capacidad, principios de Derecho Laboral y el de provisión presupuestaria.

En el presente trabajo, me referiré a aquellos que han sido contratados bajo el régimen especial del CAS, por lo que, a lo largo del desarrollo del presente artículo, se mostrará si a través de la jurisprudencia, estos principios pueden ser interpretados de forma conjunta con los principios del Derecho del Trabajo, sobretodo, del principio de primacía de la realidad, o estaremos en un escenario de ponderación, valorando los intereses de la Administración Pública sobre los derechos laborales.

2. DISPERSIÓN NORMATIVA DE RÉGIMENES LABORALES GENERALES

En nuestro país tenemos, en términos generales, la regulación jurídica del derecho laboral privado y del derecho laboral público: En el aspecto laboral, nuestro legislador ha regulado separadamente el empleo público y el empleo privado. Por un lado, tenemos un régimen referente al acceso a la función pública frente a otro régimen contractual, regida por el Derecho Laboral Privado.

Sin entrar en las particularidades que engloba el régimen de la actividad privada, en el presente trabajo de investigación, centraré el análisis crítico en el sector público, el cual contiene una diversidad normativa de regímenes laborales de personal, bajo un estado de sujeción especial. Así, tenemos que el Dr. Guillermo Miranda señala que el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo no han confluido, mostrando el legislador una inclinación por las normas imperativas del Derecho Administrativo emitidas por el Poder Ejecutivo, mediante delegación de facultades, en lugar de la valoración de los intereses concurrentes (2004, p, 61).

Asimismo, la prestación de servicios personales en el sector público no guarda correspondencia entre las normas aplicables a cada régimen con la prestación del servicio, el cual refiere a la función pública, para distinguirlos unos de otros e individualizarlos.

Por lo tanto, esta dispersión normativa sin una base objetiva que para diferenciarlas en atención a la naturaleza del servicio, genera en palabras del Dr. Kenny Díaz Roncal, una afectación al principio de igualdad entre los trabajadores del sector público (2019, p. 303), por cuanto los trabajadores que se encuentren dentro del ámbito

del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 tendrán menores beneficios laborales que aquellos que corresponden al alcance del Decreto Legislativo N° 728, por ejemplo.

Y, asimismo, con la inserción del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057 en los regímenes laborales generales del sector público, vemos que los contratados bajo este marco legal, tendrán menores beneficios que este segundo régimen laboral general precitado; sin embargo, ninguno de estos se diferencia por la naturaleza de la prestación del servicio para justificar el trato diferenciador.

En ese sentido, el régimen de contratación CAS se ha convertido en uno más en la modalidad contractual en el empleo público peruano, contribuyendo en agravar más la situación, al aumentar la diversidad normativa que ya existía; pues en términos estadísticos, tenemos que según información que obra en el Portal web de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, al mes de diciembre de 2016, el Estado ha hecho uso de estos regímenes laborales generales (y carreras especiales), de tal manera que persiste esta dispersión normativa, lo que dificulta más el contexto actual para hablar de una reforma en la carrera administrativa:

SERVIDORES CIVILES SEGÚN RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN*, 2016 (EN PORCENTAJE)	
Régimen	%
Carreras especiales	44%
D. Leg. N° 1057 (CAS)	22%
D. Leg. N° 276	21%
D. Leg. N° 728	13%
Total	100%

*No incluye locadores de servicios.

Fuente: MTPE - Planilla Electrónica (diciembre 2016).

Elaboración: SERVIR - GPGSC.

Y es que por la dispersión normativa, sumado a la burocracia que existe en el Empleo Público, bajo un sistema rígido y sin estructura definida, carecemos, ahora, de una verdadera carrera administrativa, dificultando contenerlos en un solo régimen laboral.

Es por ello, que centraré mi análisis en las reglas del contrato administrativo de servicios, a fin de hacer una reflexión de cómo es que hasta la actualidad, los trabajadores públicos (servidores públicos) contratados bajo esta modalidad ven recortados sus derechos laborales de los servidores (o ex servidores) públicos frente a la protección de su derecho de trabajo (de salida), a través de los pronunciamientos del TC y del Poder Judicial.

3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

3.1. Breve contexto histórico:

Con la ratificación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, que devino la emisión de la Ley N.º 29157, en pro de la modernización del Estado y la administración pública y bajo argumentos presupuestales, el Estado aplica una nueva forma de contratar personas en el sector público para realizar labores dependientes, pero sin gozar de ninguno de los derechos laborales que les correspondían.

En ese sentido, se creó mediante el Decreto Supremo N.º 004-2001-TR la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central (2001, p.72), señalando entre sus conclusiones que era necesario reemplazar esta forma contractual por un contrato administrativo de servicios, a través del cual se reconozcan a los trabajadores los derechos laborales contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales ratificados por el Perú.

Una de las razones para que se cree el famoso CAS fue la contratación masiva de aquellas personas sin un régimen laboral propiamente dicho y, asimismo, el sistema de protección contra el despido arbitrario en el margen de la Ley N.º 24041 para reclamar reposiciones laborales por contratos desnaturalizados ante la vía constitucional, que se venían accionando, a través de los procesos de amparo.

En este contexto, tenemos que esta modalidad contractual ha pervivido en el tiempo, de manera que ya no eran dos (02) sino tres (03) regímenes laborales generales en el sector público: El régimen de la carrera pública administrativa (D.Leg. N° 276), el régimen laboral de la actividad privada (D.Leg. N° 728) y el régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios (D.Leg. N° 1057). He de considerar también al régimen laboral general de la Administración Pública, creada bajo el marco de la Ley N° 30057, conocida como el Régimen del Servicio Civil, que actualmente se agrega como un cuarto régimen laboral en el empleo público, en pro de ser a futuro el único régimen laboral público; no obstante, no es materia de atención en el presente artículo referirme con mayor detalle a este último.

Entonces, habiendo transcurrido por la tesis unilateralista (o de derecho político) en el empleo público, donde encontró su basamento en el derecho administrativo, tenemos que va a ser sustituido por la tesis contractualista (o de derecho privado) en la cual existen diferencias en los regímenes laborales del sector público y privado a través del

ordenamiento laboral (Mujica, 2010, p. 247); sin embargo, bajo la normativa del contrato administrativo de servicios se permitía que por ley, una porción de trabajadores sea sustraído del régimen laboral (Derecho laboral) al que pertenecía, para que se rijan bajo el Derecho Administrativo (Mujica, 2010, p. 248), recortándose los derechos laborales que deberían ser aplicados tanto para los trabajadores del sector público como del sector privado. Pensar lo contrario nos llevaría a un trato desigual, violando de forma evidente el principio de igualdad (artículo 2° de la Constitución Política del Perú) y la protección del derecho al trabajo (artículo 22° del mismo texto constitucional).

Esta forma de contratación era, en palabras del Dr. LUIGINO PILOTTO “*verdaderos trabajadores pero precarios*” (2015, p.634) pues el legislador elaboró una lista escueta y austera de derechos atribuibles al régimen del CAS, en atención a términos presupuestarios, limitando los derechos laborales individuales (no tienen ningún tipo de bonificación como escolaridad, paternidad, uniformes, etc., limitados y discriminativos montos de aguinaldos por Fiestas Patrias y Navidad, la indemnización en lugar de la reposición que anula la protección del derecho de trabajo de salida, entre otros) y anulando rastro de aquellos derechos laborales colectivos, desconociendo las normas internacionales laborales, siendo una de ellas, la del Convenio 151 de la OIT.

En el aspecto de cómo regula la extinción del vínculo contractual, se advierte que el legislador ha establecido una indemnización tarifada, equivalente a tres (03) remuneraciones dejadas de percibir, lo que representa una clara vulneración al derecho trabajo en el sentido de salida, pues realmente nadie aceptaría que aquello compense el daño generado. Entonces, ¿Qué pasó con la protección del derecho al trabajo y el derecho a la estabilidad laboral? ¿Este efecto resarcitorio es una adecuada protección contra el despido arbitrario?

Citando a César Puntriano, es realmente una exclusión legal del amparo del Derecho al trabajo limitar al personal contratado bajo el régimen CAS, cuando ciertamente estamos frente a una relación entre servidor público y una entidad que asume su rol de empleador (2009, p. 97).

3.2. Constitucionalidad del CAS como nuevo régimen laboral especial:

Su aplicación fue indiscriminada por todas las entidades públicas, de manera que en el 2010, se planteó su inconstitucional por 5000 ciudadanos por vulnerar derechos fundamentales del trabajador, tales como el derecho a la igualdad, igualdad de

oportunidades sin discriminación, protección frente al despido arbitrario, continuidad y progresividad laboral, etc., según lo resuelto en el Pleno Jurisdiccional del TC en el EXP. N° 00002-2010-PI/TC:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO	RESUMEN
EXP. N° 00002-2010-PI/TC	Fue interpuesta por 5000 ciudadanos contra el D.Leg. 1057 y su Reglamento (D.S. N° 075-2008-PCM). Sostuvieron, entre la vulneración de derechos constitucionales, el derecho a la igualdad ante la ley, delegación de facultades, jornada ordinaria de trabajo, derechos laborales del trabajador y su protección contra el despido arbitrario.	<ol style="list-style-type: none"> 1. El supremo intérprete de la Constitución señaló entre sus fundamentos que este régimen es de naturaleza laboral, y no administrativo y que por ser especial, puede coexistir con los regímenes generales existentes, por lo que no sería inconstitucional. 2. De otro lado, rechaza que se equipare al contrato regulado bajo el régimen laboral 728 pues su acceso a cada uno de ellos, es distinto y no debe tener impedimento para su realización, por lo que su trato diferenciado está justificado. 3. Agrega que al compararlo con los otros regímenes laborales en algunos supuestos, ofrece mayor protección e innegablemente, es más favorable el CAS al compararlo con los contratos de locación de servicios. 4. Resalta que se tenga en consideración que declarar la inconstitucional de dicha norma, significaría que los contratos CAS estarían sin norma legal, por lo tanto, sin derechos laborales, siendo un escenario más perjudicial a los trabajadores públicos. 5. En ese sentido, consideran que no contradice el marco constitucional y en abse a estos fundamentos, declara infundada la demanda de Inconstitucionalidad.
SENTENCIA INTERPRETATIVA		

Definitivamente, la postura aplicada por el TC ha sido errónea, toda vez que reconoció que esta ley es un régimen laboral distinto a los ya existentes cuando en la práctica, no tenía nada de especial, ni particular, ni individual que muestre claras diferencias frente a los otros regímenes laborales ya existentes en el ámbito público. Varios autores han sostenido que para que el CAS sea constitucional, debería estar basado en características excepcionales, y que sus intereses jurídicos no puedan ser subsumidos a otro régimen general existente.

En la realidad, era un contrato de trabajo, en razón que, aun desconociendo la naturaleza laboral del vínculo contractual entre el Estado y el trabajador público, otorgaba ciertos derechos laborales.

Por lo tanto, si esta ley era un intento de equipararse a la naturaleza laboral del régimen de la actividad privada, no era lógico dejarlo vivo en el ordenamiento jurídico, pues ya existía el régimen laboral privado en el sector público, de manera que puedo decir que el régimen de contratación CAS se encontraba subsumido al régimen laboral regulado por el TUO del Decreto Leg. N.º 728. Por tanto, no tenía ninguna utilidad un tercer sistema de contratación en el sector público. Tampoco traía una solución concreta frente a la problemática de los casi 200 mil trabajadores del Estado que venían laborando sin reconocimiento de derechos laborales. Al contrario, mantener esta forma de contratación sin el respeto mínimo del derecho al trabajo, sobre todo en su manifestación de salida,

representa una violación al principio de igualdad. Por tanto, mi apreciación es que el TC debió sentar su posición bajo criterios jurídicos, en base a principios constitucionales y a los derechos laborales reconocidos en la Constitución, mas no priorizar que ésta se adecúe por la legalidad de una autoridad administrativa.

Siguiendo mi posición, la consecuencia de declararse la inconstitucionalidad de dicho sistema de contratación, no generaba un vacío normativo ni una desprotección de los derechos laborales otorgados a los que habían sido contratados como régimen CAS, por cuanto la realidad de los hechos obedecía a un trabajo subordinado con todos los elementos que sustentan un vínculo laboral con el Estado como entidad empleadora (aplicando el principio de primacía de la realidad). En ese sentido, es inadmisibles no reconocer el carácter laboral de un trabajador público con el Estado. Carece de sentido que una ley habilite tamaña omisión. Es como si el fraude viene de la propia ley.

A diferencia de cómo resolvió el TC en el ámbito privado (Expediente N.º 1124-2001-AA/TC), aplicando el control difuso para determinar que la ley debe estar orientada al cumplimiento del contenido esencial del derecho al trabajo, vemos que, en este escenario, su actitud es escueta, limitativa y hasta ajena a la defensa de la justicia constitucional, la cual debe garantizar la defensa de los derechos fundamentales, como uno de los principales deberes del Estado Constitucional del Derecho.

Según la data obtenida del portal web de la Autoridad Nacional del Servicio Civil tenemos que del 2009 al 2016, las entidades del Estado han venido contratando con mayor intensidad al personal bajo el régimen “especial” del CAS, de manera que hasta el 2016, ya éramos alrededor de 275 140 personas bajo este régimen precario, siguiendo en aumento:

NÚMERO DE SERVIDORES CIVILES CAS, 2009 - 2016								
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Número de servidores CAS	156,573	163,468	148,344	187,913	227,195	236,009	262,681	275,140

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) -
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

Esta información previa permite centrarme en el objetivo de la presente investigación, el cual es llevar a la reflexión que en el empleo público peruano tenemos que este régimen especial viene en aumento y que al haber sido creado bajo normas limitantes y recortantes de derechos laborales, con una limitada o diría casi nula protección del derecho de trabajo de salida, ha sido motivo de sendas demandas a lo largo

de estos años, tanto en vía constitucional como en vía ordinaria (laboral). Entonces, a continuación veremos si a través de los pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, efectivamente, al momento de ejercer control difuso por parte de los magistrados que administran justicia, han resuelto los casos garantizando la estabilidad laboral de los trabajadores públicos, en base a los principios constitucionales y a los derechos laborales reconocidos en la Constitución o su postura ha sido entorno a términos de legalidad por la naturaleza creada de este régimen laboral especial generado por una autoridad administrativa.

3.3. Jurisprudencia relevante sobre la reposición laboral de los servidores contratados bajo la modalidad CAS:

Siendo que el presente trabajo intenta mostrar la diversidad de criterios en la casuística peruana sobre la reposición laboral para determinar si se busca garantizar jurisprudencialmente la estabilidad laboral en el sector público, por parte del TC y del Poder Judicial, frente a la desnaturalización de contratos administrativos de servicios o los contratos civiles (SNP u ordenes de servicios como se conoce en la actualidad), mencionaré, a modo de ejemplo, algunas sentencias del TC para analizar la postura adoptada y los fundamentos entorno a la misma:

Postura frente a los casos que demandan reposición de contratos administrativos de servicios:

1. Expediente N.º 03344-2010-PA/TC:

No es despido ni materia de reposición, el supuesto del vencimiento del contrato CAS.

En este primer caso el demandante había suscrito sucesivos contratos de locación de servicios y como CAS con Cofopri; sin embargo, el TC señaló que el régimen de protección sustantivo reparador contra el despido arbitrario del régimen laboral especial del CAS, guarda conformidad con el art. 27º de la Constitución, y, habiéndose cumplido el plazo de duración del contrato, no hay despido arbitrario. En ese sentido, declara Infundada la demanda sin analizar los anteriores contratos de trabajo desnaturalizados, sino que únicamente el último (esto es el CAS), con lo cual considero que se deja de lado el Principio de Primacía de la Realidad, y se

contrapone al derecho a la estabilidad laboral en el trabajo que señala el artículo 27 del texto constitucional.

2. Expediente 01099-2016-PA/TC y Expediente N.º 02841-2010-PA/TC:

No es despido la no renovación del contrato CAS por haber superado el periodo que corresponde al año fiscal.

En estos casos, a pesar que el servicio se realizó de manera continua, permanente, ininterrumpida, remunerada y subordinada, habiendo superado el periodo de prueba, bajo contratos de locación de servicios y contratos administrativos de servicios; sin embargo, el Tribunal se pronuncia solamente respecto al periodo concerniente a los contratos CAS, señalando que éstos se prorrogan de manera automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios, con el límite de que la duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal (no se considera un contrato de duración indeterminada). Por esta razón, se declara Infundada la demanda.

Sobre el particular, tenemos que en las sentencias del punto 1, 2 y 3 el TC recorta el derecho al trabajador de demandar reposición, en defensa de la estabilidad laboral que protege nuestra Constitución y por ende, es contraria a “una adecuada protección contra del despido arbitrario”.

3. Exp. N° 4664-2012-PA/TC:

No es de duración indeterminada la continuación del trabajo habiendo vencido el plazo contractual del contrato CAS, sino que se interpreta como una prórroga automática del contrato CAS.

En este caso, la demanda es planteada por un ex trabajador del Congreso de la República, a fin que se le reponga en su puesto como técnico en mantenimiento, habiendo sido despedido sin causa justa. Como antecedente, se aprecia que fue personal CAS en un primer periodo y seguidamente prestó sus servicios indeterminadamente.

Al respecto, el TC mantiene la misma postura señalada en las dos sentencias últimas, antes mencionadas; señalando, además, que el exceso del plazo contractual del régimen CAS no lo convierte en indeterminado; sino que se trata de una prórroga automática. Esta interpretación del TC en concordancia con el artículo 5 del D.S. N°075-2008-PCM es inobjetablemente favorable al empleador, vulnerando el principio de interpretación favorable al trabajador.

Aunado a ello, se tiene que mencionar acerca del voto singular del magistrado Eto Cruz, en la Sentencia 2975-2011-AA/TC, el cual observó que esta presunción no tiene base legal y, por ende, no guarda congruencia con el bloque constitucional del trabajo, toda vez que no protege los derechos del trabajador como parte débil de la relación laboral, conforme lo establece el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral de 2014, lo que posteriormente será modificado en el IV Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral de 2016.

Esta negativa en los pronunciamientos vía constitucional, amparados en la legalidad de la normativa del régimen del CAS, es escueta y restringe la protección del derecho de trabajo de salida. Distinto es el caso para aquellos que sin tener un contrato que los incluya en la función pública como servidores públicos; encuentran su reconocimiento y protección de sus derechos laborales, bajo el principio de primacía de la realidad u otros principios laborales. Veamos:

Posturas frente a los casos que demandan reposición por contratos de locación de servicios desnaturalizados (SNP):

4. Expediente N.º 3146-2012-PA/TC:

En este caso, al haber demostrado el demandante que tenía una relación laboral de naturaleza indeterminada, el TC resuelve, declarando FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo y al debido proceso y, en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto, ordenando que el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) reponga a don Hipólito Chero Namuche como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel.

5. Expediente N.º 01154-2011-PA/TC:

En este caso, el recurrente demandó reposición por cuanto fue despedido arbitrariamente. Señala que su contratación fue a través de contratos de locación de servicios y contratos administrativos de servicios con el propósito de eludir sus obligaciones, pues su relación era de naturaleza laboral. En aplicación del carácter irrenunciable de los derechos laborales del artículo 26º de la Constitución, el TC destacó la continuidad en las labores realizadas por la demandante independientemente de la modalidad de su contratación, dejando constancia que los contratos de locación de servicios y contratos CAS encubrían, en realidad, una relación de naturaleza laboral y no civil. Así concluyó en declarar Fundada la demanda.

La línea jurisprudencial tuitiva y garantista del TC en materia laboral del sector público, aplicando el principio de primacía de la realidad u otros principios laborales como lo hemos denotado líneas arriba, tenía como finalidad la protección del derecho constitucional al trabajo, pues los accionantes que recurrían a la vía de acción de amparo, habían sido desvinculados sin causa alguna.

Ahora bien, luego de ver algunos pronunciamientos que modelan la postura del TC sobre este tema, es pertinente agregar algunas sentencias expedidas por las Salas Laborales superiores y la Corte Suprema de Justicia (que resuelven el recurso de casación) para advertir cómo los órganos jurisdiccionales administran justicia en los casos de reposición laboral. Veremos, pues, si las decisiones judiciales son o no uniformes:

1. EXP. N.º 07811-2018-0-1801-JR-LA-04:

La Octava Sala Laboral admite una excepción a la aplicación del precedente Huatuco Huatuco, recaído en el Exp. N.º 5057-2013-PA/TC así como a la aplicación del D.U. N.º 016-2020, porque estos regímenes laborales no forman parte de la carrera administrativa. Su ingreso, por tanto, es mediante concurso público, previa plaza presupuestada.

2. CASACIÓN LABORAL N° 7945-2014 CUSCO:

En atención a lo señalado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Informe Técnico N° 518-2015-SERVIR/GPGSC), el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y del desarrollo normativo municipal sobre los obreros municipales, la Corte Suprema adoptó como criterio de interpretación los alcances del artículo 37° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, concluyendo que en el presente caso, el trabajador, obrero de la Unidad de Mantenimiento de Vías, debía ser contratado bajo el régimen de la actividad privada y no como se efectuó bajo la modalidad CAS. Por lo tanto, se declaró Fundada la demanda, declarando que este criterio constituye precedente vinculante.

3. CASACIÓN LABORAL N.° 2780-2018 SAN MARTIN:

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria resuelve a la luz del principio de primacía de la realidad, develando que existía indicios de una relación laboral, incluso previa a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicios tenía, vía el principio de la realidad, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierta. En ese sentido, los contratos por locación de servicios suscritos con la entidad emplazada estaban desnaturalizados y que los contratos administrativos de servicios (CAS) suscritos posteriormente eran ineficaces.

Asimismo, el supuesto acordado en el II Pleno antes mencionado es una manifestación de este principio aplicado: una relación laboral indeterminada encubierta antes de ser contratado como CAS.

En ese sentido, resuelve reconociendo al demandante un vínculo laboral a plazo indeterminado en los dos periodos.

4. CASACIÓN LABORAL N.° 23766-2018 ANCASH:

En este caso en particular, la Segunda Sala declaró improcedente la reposición, toda vez que no cumplió la demandante con acreditar el acceso al empleo público mediante concurso público, plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

Citando a las Casaciones Nos. 8347-2014-DEL SANTA y 4336- 2015-ICA, dicha Sala sustenta su fallo en la necesidad de acreditar el acceso al empleo público mediante concurso público de méritos y, declara que el caso no se encuentra en ninguno de los supuestos en los que se aplica el Precedente Huatuco (como por ejemplo, la nulidad de despido prevista en el artículo 29° del LPCL, o los trabajadores sujetos al régimen CAS, o que esté acreditando acciones fraudulentas en la contratación laboral, entre otros).

Por tanto, resuelve declarando improcedente el Recurso de Casación presentado.

Vemos, pues, que no en todos los casos, el sistema judicial desarrolla la misma postura, de manera que no hay uniformidad y por ende seguridad jurídica en la jurisprudencia al momento de resolver las causas.

3.4. Respecto a la vulneración del principio de igualdad:

En la realidad de la Administración Pública, tenemos que conviven tanto el régimen laboral de la actividad privada, el D. Leg. N° 728; como el régimen de contratación administrativa de servicios, el D. Leg. N° 1057; sin embargo, hay una gran diferencia entre los beneficios laborales que gozan en cada régimen.

En efecto, cabe hacerse la pregunta, ¿Por qué difieren sus derechos, si ambos son trabajadores públicos o servidores públicos? Una primera aproximación para responder esta interrogante sería el modelo burocrático del Estado que, a través de normativas que buscaban paliar la dispersión normativa, solo consiguió agravarla más, de tal manera que, a consecuencia de ello, lo que ahora padecemos, en palabras del Dr. Kenny Díaz es la vulneración del principio de igualdad entre los mismos servidores públicos (2019, p. 303). Al ser un régimen de contratación laboral precario, la norma, es un atentado contra las bases del Empleo Público, pues carece de estabilidad laboral, en perjuicio de los servidores, ya que no pueden brindar un servicio público objetivo y eficiente.

El servidor público está atado a vivir una realidad en la que cada 3, o 6 meses se le renueve su contrato, afectando con ello sus expectativas de vida personal y familiar, siendo su desenlace, el término de su contrato como causa de extinción del vínculo contractual.

Sobre este hecho innegable, considero que no se está cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución al señalar una adecuada protección del trabajador contra el despido arbitrario, pues aunque no hay una decisión unilateral de despido por el empleador, ante la mirada del Principio de Primacía de la realidad, debe considerarse que la No renovación de dicho vínculo es una forma de despido arbitrario en el Estado, porque en su contenido, no obra una causa justa de su cese, tan solo el vencimiento del plazo contractual.

Ahora bien, cabe señalar que este régimen contractual, al fundarse en el principio de legalidad no la exenta del trato diferenciador injustificado que establece entre sus reglas respecto a la desvinculación al puesto de trabajo, comunicándole con una anticipación de cinco (05) días, con el término “no renovación de contrato”. En ningún régimen laboral público se había visto una situación de esa naturaleza.

¿Acaso la progresividad del CAS (que no tiene fecha para su cumplimiento y que hasta la fecha no se ha avanzado) justifica o se hace tolerable ante los servidores (trabajadores) públicos que prestan sus servicios en trabajos de naturaleza permanente, sin saber si al final de su contrato, se seguirá prorrogando o sin razón alguna la entidad decidirá desvincularlo?

3.5.El contrato CAS vulnera el principio de provisión presupuestaria:

El régimen CAS representa una vulneración a la provisión presupuestaria, toda vez que su contratación no debe permitir un margen de discrecionalidad. Pues bien, el Dr. Kenny Díaz señala que, para su contratación se obtiene los ingresos de las remuneraciones por Gasto Corriente, Bienes y Servicios y no de Personal y Obligaciones Sociales, donde no se requiere una verdadera autorización y determinación de un presupuesto específico. Cabe señalar que no existe un adecuado sistema de gestión de recursos humanos, pues no considera instrumentos de planificación y/o presupuesto de la entidad (2017, p. 185).

4. ESTABILIDAD LABORAL VS. MÉRITO Y ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Teniendo en cuenta que la carrera administrativa es un bien jurídico constitucional que emana del artículo 40° de la Carta Magna, es necesario una protección especial a la institución de la Función Pública, el cual debe ser reconocido en el mundo contemporáneo

como el servicio a la Nación, conforme lo establece el artículo 39° de nuestro texto constitucional.

Por tanto, para el régimen laboral público por la labor que realiza el servidor o funcionario público, es indispensable que los más capacitados, o los reconocidos por sus méritos al momento de ingresar, formen parte del empleo público para coadyuvar a una eficiente gestión administrativa. Bajo estos alcances, tenemos que el principio de mérito y acceso a la función público vendría a ser dos conceptos que estructuran un sistema, debiendo cumplir unas condiciones para el acceso a la carrera administrativa, por lo tanto, considero que debe ser vista como una garantía para la gestión administrativa contemporánea.

Ahora bien, en las entidades públicas se han realizado procesos de convocatoria de personal bajo el marco contractual del D. Leg. N° 1057, mediante el cual se someten los concursantes a una serie de requisitos señalados en las bases de la convocatoria, de manera que el postulante ganador accede a la función pública, en base a los principios de mérito y capacidad, por lo cual se advierte que este principio es necesariamente empleable por su utilidad para ofrecer una garantía de que en la gestión administrativa se contratarán a los mejores profesionales capacitados para ser servidores públicos.

En base a lo anteriormente señalado, es pertinente preguntarnos, ¿qué sucede en el caso que el Estado en su rol de empleador realiza la suscripción de contratos administrativos de servicios de este personal que se inserta al aparato estatal cumple con todos los elementos de la relación de trabajo, en comparación con un trabajador de la misma entidad bajo la modalidad contractual de la actividad privada, esto es, el del D. Leg. N° 728?

Pues bien, hay distintas formas de pronunciamientos por parte de la judicatura en las cuales adoptan los criterios señalados en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral; sin embargo, existen otras en las cuales se han apartado de ello, señalando por ejemplo en la Sentencia N° 188-2021-14JTPL del Exp. N° 3878-2020-0-1801-JR-LA-14 por parte del 14° Juzgado Especializado en lo Laboral de Lima, que la aceptación y sometimiento voluntario de un proceso CAS implica el conocimiento del profesional a un régimen laboral especial, reconocido por el TC a través de la Sentencia N° 02-2010-PI/TC, comentada en líneas anteriores. Asimismo, resulta ser para el magistrado del mencionado Juzgado que a pesar de haberse configurado el principio de continuidad entre el periodo que realizó servicios como locadora bajo órdenes de servicios y al día siguiente, es decir, sin perder la continuidad, la misma profesional suscribió un contrato bajo el

régimen laboral de CAS, al haberlo hecho producto de un concurso público, se sometió con conocimiento de causa, renunciando a su condición del régimen del D. Leg. N° 728, lo que es válido y no rompe el principio de irrenunciabilidad.

En dicha sentencia que, en mi posición rechazo totalmente sus fundamentos en cuanto a este extremo, se hace un juicio de valor muy distinto para reconocimiento y protección del Derecho del trabajo en el sector público, que del sector privado; puesto que bajo la protección y defensa del principio de legalidad, el TC y el PJ han venido adoptando criterios en la jurisprudencia donde cada vez se ven mermados la protección del derecho laboral de salida. A primera vista, podemos entender que aquella estabilidad relativa que aparece en el texto constitucional se ve nula cuando nos referimos al Derecho Laboral Público.

Entonces, ¿cuál sería la afectación al principio de mérito y capacidad para el acceso a la función público, si aquellos contratados bajo el régimen laboral CAS han sido sometidos a una serie de fases, a fin de obtener la admisión al aparato estatal y, consecuentemente, la contratación de sus servicios en el Estado? Por tanto, no cabría argumentar el riesgo de alguna vulneración a dicho principio, dado que se trata de profesionales que son contratados como servidores públicos, cuya capacidad en función a sus conocimientos han sido evaluados y aprobados satisfactoriamente. Sin embargo, los operadores judiciales muchas veces, frente a estos casos, toman un razonamiento basado en la protección y reconocimiento del principio de legalidad, reconociendo como constitucional al contrato CAS, en aplicación a la sentencia tantas veces comentada en el presente trabajo.

Es por ello que llamo a la reflexión que ante la colisión de principios del Derecho administrativo y principios del Derecho Laboral, se opte por la prevalencia de este último y, en esa medida, el criterio realmente acorde a la protección que la Constitución reconoce, sea la protección del derecho al trabajo en aplicación al principio de primacía de la realidad.

5. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LOS CASOS SOBRE REPOSICIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO:

Es aquel constantemente invocado por el trabajador o ex trabajador y aplicado en casi todas las demandas interpuestas en materia laboral para el reconocimiento de los derechos constitucionales laborales y, asimismo, empleado por los órganos

jurisdiccionales como sustento para resolver mediante sentencias los conflictos de desnaturalización contractual y la existencia de una relación laboral y, asimismo, en los casos planteados sobre despido (arbitrario, incausado, nulo y fraudulento).

El doctor PLA RODRÍGUEZ explica que consiste en que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en la realidad (Citado por GAMARRA VILCHEZ, 2005, p. 17). Podemos decir que a través de este principio se busca cautelar los derechos de los trabajadores, haciendo una evaluación de características de laboralidad que existan en cada caso.

En el artículo III del Título Preliminar y el literal 1) del artículo 12° de la Ley N.° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), el legislador ha facultado a los jueces, tanto de primera como de segunda instancia a dirigir e impulsar el proceso, atendiendo la causa de fondo fuera de las formalidades procedimentales, como una manifestación de equilibrar la desigualdad material de las partes que actúan en el proceso: el trabajador público y la entidad empleadora demandada.

Por ejemplo, si en la relación civil (SNP o conocidos ahora como las órdenes de servicio) se encuentran presentes la prestación personal, la subordinación y el pago como contraprestación, ofreciendo el material probatorio suficiente (la carga probatoria) que produzca convicción en el juez para darle preeminencia a la realidad material sobre lo estipulado en el contrato, estaríamos indefectiblemente ante una relación laboral que ha sido encubierta. En esa misma línea, César Puntriano señala que la discordancia en el SNP eran trabajadores en los hechos, pero formalmente contratados bajo contratos civiles de naturaleza no autónoma, por lo que primaba la realidad y, por ende, de una relación laboral (2009, p. 90).

A través de los Expedientes N.° 833-2004-AA/TC y N.° 1944-2002-AA/TC se entiende que este principio está presente en nuestro ordenamiento jurídico y tiene una naturaleza tuitiva en nuestra Constitución. Al no ser un principio restringido a un área del Derecho, se entiende que dicho principio se puede aplicar también a los servidores públicos, conforme lo ha señalado el TC en el Fundamento 3 del Expediente N° 0177-2004-AA/TC, del 2 de septiembre de 2004.

Con todo ello, entonces, hay que tener presente que, si bien la Administración Pública tiene una finalidad basada en el interés público, debemos distinguir que, cuando

asume su rol de empleador, requiere de un personal que permita lograr la finalidad pública y con ello, su visión y misión institucional en aras del interés público. Sin embargo, dichos ideales no son los únicos que giran en torno al interés particular que buscan los trabajadores públicos.

Si bien, están al servicio de la Nación (artículo 39° de la Constitución Política del Perú), porque realizan una función pública (servicio público), aquello no significa que sean menos trabajadores, y que no se le reconozcan aquellos derechos que como empleados públicos les corresponden, tal como la LMEP ha previsto en su artículo 15: *“Protección adecuada contra el cese arbitrario”* observando las garantías del debido proceso.

En efecto, podemos apreciar que en nuestro ordenamiento jurídico, sí está reconocido la protección de los derechos laborales de los trabajadores públicos, o servidores civiles, sin distinción del régimen laboral creado en el Empleo Público.

Asimismo, el criterio preponderante es sobre el ingreso por concurso público y plaza presupuestada. Es el primer condicionamiento en un proceso judicial. Entonces, el debate se centraría en determinar si el incumplimiento de estos requisitos legales de índole presupuestario impide que se configure una relación de trabajo.

Al respecto, la Sentencia del TC, recaída en el Expediente N.º 008-2005-AI/TC, ha concluido en su Fundamento 17 que las normas del régimen del trabajo se aplican tanto en el sector público como en el privado, siendo que estas normas servirán para la resolución de casos conjuntamente con aquellas normas de la función pública. He ahí la importancia de incluir a los principios del Derecho del Trabajo.

Si quitásemos de la realidad material al derecho de trabajo en la contratación pública, esto supondría afectar los valores, instituciones y derechos de primer orden que se incardina en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por tanto, considero que las normas administrativas y las que establecen con carácter restrictivo bajo disposiciones presupuestarias deban ser presumidas como organizativas y no como reguladoras de la relación.

Con el Precedente Huatuco, el TC evidencia que hay un conflicto por la presencia del **principio de primacía de la realidad** y del **principio de acceso a la función pública**

en condiciones de igualdad, es decir, un principio propio en materia laboral y éste último, propio del empleo público.

Sobre esto, es necesario recordar que el numeral 8 del Artículo IV de la LMEP ya había señalado que en la disyuntiva de prevalencia entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio. Para ello, el Dr. Kenny Díaz, señala ubicar las colisiones entre ambos principios, siendo uno de ellos el principio de primacía de la realidad vs. los de mérito y acceso a la función pública (2019, pp. 252-255).

Por tanto, apoyar la sujeción del empleo público a las reglas del Derecho Administrativo, con ciertos rasgos laborales (reconocimiento de algunos derechos laborales) no es constitucional, pues se contrapone a los principios de igualdad y, consecuentemente, es discriminatoria, ya que el CAS regula sobre situaciones que no son realidades diferentes, es decir, no se justifica el trato distinto entre trabajadores que realizan las mismas funciones.

Sin embargo, en el precedente citado, el Tribunal Constitucional no cumple con exteriorizar su razonamiento para motivar su Resolución y determinar cuál de los principios prima sobre el otro, aunque se infiere que al considerar el acceso a la función pública por concurso público con plaza presupuestada en lugar de pronunciarse sobre los hechos materiales que en su conjunto abarcan los elementos de toda relación o vínculo laboral, se aleja de su postura tradicional tuitiva y garantista, de manera que optó por el cambio en la línea jurisprudencial.

Con todo lo antes señalado se puede destacar que, en términos de reparación de la estabilidad absoluta o relativa, el trabajador público y del sector privado no plantean a la judicatura realidades diferentes pues tienen derechos, obligaciones, deberes, la única diferencia es que en una, el Estado es su empleador, y en otra, es una persona jurídica o empresa. Sería un punto para que el juez, al momento de analizar el caso que se presente en el sector público, analice sin reconocer menos derechos al trabajador público.

Ahora bien, otro punto que se discute es el tema presupuestal, como freno para no otorgarle la categoría jurídica de naturaleza laboral que le corresponde a los trabajadores CAS; cuando es un asunto que parte de la propia ineficiencia de las entidades en la Administración Pública. Por un análisis costo beneficio se ha permitido tolerar la vulneración al derecho al trabajo y, en consecuencia, vulnerar la seguridad jurídica, en

lugar de establecer mecanismo de gestión pública que busquen la manera de solucionar este problema que existe por años.

Finalmente, no se puede llegar a esta conclusión si no se analiza acerca del acceso meritocrático previo concurso. Si bien, no es un tema de atención necesariamente, por parte del juez en el ámbito privado, ciertamente en el ámbito público, el juez no puede ser ajeno a la realidad, pues si con esa decisión unilateral vía proceso ordinario laboral, le declara fundada la demanda y ordena la reposición a “X” y, por ende, el acceso a la función pública a “X”, eso significaría que se está negando a “Y”, “Z” y a un número indeterminado de personas. ¿El juez por su decisión puede negarle su derecho a los otros ciudadanos?

Ciertamente entre la pugna del acceso a la función pública y la estabilidad laboral habría que responder, señalando que en el caso analizado estamos frente a un trabajador que durante años estuvo prestando servicios y realizando las funciones que responden a un puesto presupuestado y establecido en el cuadro de asignación de puestos, sin embargo, no se le ha contratado bajo el régimen del TUO del D. Leg. N.º 728 por no ser aquel que rige en la entidad pública.

Asimismo, si estuviéramos frente a un contrato CAS, que ha devenido de un proceso de convocatoria, siguiendo todos los pasos que corresponde, quedando como ganador. ¿Acaso no habría colmado el requisito de concurso público previo y el de meritocracia? Por tanto, considero que hasta que no se inaplique la Sentencia N° 002-2010-PI/TC en forma general, el juez se verá limitado en su análisis y control difuso para analizar la existencia de la relación laboral, teniendo sentencias disímiles frente a casos similares. La idea no es crear nuevos regímenes laborales especiales; sino que se respete los derechos laborales de los servidores (trabajador) públicos y que la autoridad gubernamental fomente su desarrollo y formación, planificando el presupuesto para compensar la contratación pública precaria que por años se ha presentado, antes de pensar en un único régimen laboral, como la Ley SERVIR.

Con el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, la cual sustenta a la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, plantea que este régimen mal llamado especial que es el CAS, tuvo su razón de ser en un contexto histórico en el año 2008, reconociendo ciertos derechos que hasta dicha fecha no tenían los contratados bajo contrato de servicios no personales, pero al haber ido perdurando en el tiempo, recortando derechos laborales que afectan la dignidad de la persona (trabajador), dándole un trato desigual injustificado

con otros trabajadores de otros regímenes laborales (como el trabajador público contratado en el marco del D. Leg. N° 728), llevándolo a una inestabilidad laboral por la inadecuada protección frente al despido arbitrario (unilateral), representando a la fecha casi el 40% del personal público en las entidades del Estado.

Ante la ineficiencia de las entidades gubernamentales, se consideró, entonces, la incorporación automática a los regímenes laborales generales del 728 o del 276, en caso que la entidad pública solo cuente con dicho régimen. Por tanto, este tipo de contratación precaria ya no es algo transitorio como se instauró en sus inicios; sino que se ha posicionado en un régimen, significando para los operadores jurídicos, seguir desconociendo derechos fundamentales (derechos humanos), protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que conlleva a sostener como lo señala Nadia Palomino (2021, p. 144), que vulnera su condición de seres humanos, en igualdad de dignidad (artículo 1 y 23 de la Constitución) pues se le priva del derecho a la estabilidad laboral y la imposibilidad de ser excluido sin causa justa.



CONCLUSIONES:

1. En materia de contratación pública de personal en el Estado es evidente la dispersión normativa y la ineficiencia en el sistema de gestión del recurso humano en el empleo público. No hemos tenido una verdadera carrera administrativa y los principios de acceso a la función pública y la provisión presupuestaria son conceptos que no justifican el desconocimiento de los derechos laborales que también gozan los servidores y/o funcionarios públicos contratados bajo el régimen CAS.
2. Tenemos una relación laboral, vista desde el punto de vista del derecho administrativo, a través de la teoría estatutaria, bajo los principios de acceso a la función pública en igualdad de condiciones y por mérito que es justificante para continuar desconociendo la protección del derecho de trabajo de salida de aquellos trabajadores públicos.
3. Para ello, se denota que a nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha resuelto diversas causas de “locaciones de servicio” en el sector público, aplicando el principio de primacía de la realidad, a pesar de no haber plaza vacante y presupuestada y que el acceso a la función pública haya sido por concurso. Sin embargo, es un contrasentido haber sentado las bases de la reposición a través del precedente Huatuco, por cuanto ha causado una incertidumbre jurídica a la hora de reclamar los derechos laborales de un contrato administrativo de servicios; más aún cuando el Poder Judicial en el II Pleno Jurisdiccional en el 2020 ha rechazado los postulados del Precedente (Expediente N° 02-2010-PI/TC) que se enmarcaron en el D.U. N.° 016-2020.
4. Por tanto, una manera de devolverle la estabilidad laboral en el empleo público y, asimismo, reconocer una adecuada protección frente al despido arbitrario es justamente aplicar el principio de primacía de la realidad, observando que la naturaleza de la prestación del servicio del servidor contratado como CAS no revisten ninguna particularidad para diferenciarlo de los otros regímenes como el 728 para darle un trato diferenciador. Asimismo, hemos visto que los magistrados no responden ante los casos de aquellos contratados bajo el régimen laboral especial CAS mediante concurso público (proceso de selección) para alcanzar un puesto presupuestado, cumpliendo el perfil requerido, por lo que, en estos supuestos, no estaríamos frente a una vulneración al acceso al empleo público en condiciones de mérito y capacidad.
5. Sin embargo, tomando como escudo el llamado “principio de legalidad” vemos que la estabilidad laboral en el sector público ante los casos de reposición laboral, tanto en la vía constitucional como en la vía ordinaria, se ve mermada o nula por lo que dependerá de la visión que tenga el juez para determinar si nuestra pretensión será o no atendida

con criterio constitucionalista y de Derecho Laboral o, en todo caso, un criterio estatutario rígido que ponga en segundo plano los derechos laborales afectados, en aras de proteger los recursos del Estado ante los gastos que irrogaría (presupuesto).



RECOMENDACIONES:

1. El régimen CAS, al ser un régimen laboral precario -porque no tiene nada de especial para ser diferenciado del régimen laboral de la actividad privada y por atentar contra las bases del Empleo Público al no brindar estabilidad laboral-, las razones para su conservación amparándose en la posición del TC sobre equilibrio presupuestal y acceso a la función público en condiciones de mérito y capacidad, no son suficientes para seguir desconociendo a estos servidores públicos una adecuada protección del derecho de trabajo de salida. Por tanto, ante los casos planteados, recomiendo que los magistrados resuelvan aplicando el Derecho Laboral sobre las normas de derecho administrativo, porque la raíz del contexto que enmarca el régimen CAS es, sustancialmente, laboral.
2. La dispersión normativa existente en el sector público y la poca importancia que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo han demostrado, me motivan a señalar como una recomendación de todo el artículo académico que los magistrados, al momento de resolver los casos en materia de Derecho Laboral público, se analice el régimen laboral “especial” desde la óptica de la defensa de los derechos laborales, aplicando los principios del Derecho Laboral, por cuanto permitirá una decisión acorde a la justicia laboral, donde se dé prioridad a la realidad de los hechos y a la naturaleza de la prestación del servicio en lugar del “nomen iuris”. El principio de primacía de la realidad aparece como el principal mecanismo para la defensa de estos derechos.
3. Finalmente, a futuro, considero que el Estado a través del Poder Ejecutivo, no continúe negando la posibilidad de eliminar la contratación CAS ante el peligro de irrogar mayores gastos al Estado, cuando en su rol de empleador, su ineficiencia en la gestión del recurso humano ha conllevado a esta realidad desordenada donde no podemos hablar de una carrera administrativa en el empleo público, por lo que se debería hacer un estudio técnico del costo que asumiría el aparato estatal para luego comenzar con el cambio: reconociendo los derechos laborales que les corresponden, para que posteriormente podamos hablar del pase a la reforma de la Ley del Servicio Civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Acevedo Mercado, Jorge Luis y Ortiz Pérez, Alexandra (2010). Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios. (IUS ET VERITAS; Núm. 41).
- Autoridad Nacional del Servicio Civil (2010). Los Regímenes Laborales en el Perú 2. Lima, número 2, (pp. 19-64).
- Danós Ordóñez, Jorge (2003). La Reforma Administrativa en el Perú, Asociación Civil Derecho & Sociedad, N° 21
- Dictamen Comisión de Trabajo y Seguridad Social Período anual de sesiones 2017- 2018:
URL:https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/01455DC22MAY20180409.pdf
- Díaz Roncal, Kenny (2017). Los Principios del Empleo Público Peruano: Una propuesta metodológica para ubicarlos en base a la Historia Social del Derecho y una referencia a la colisión con los principios del Derecho del Trabajo. Tesis para optar el grado de Magister. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- Díaz Roncal, Kenny (2019). La Historia del Empleo Público Peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz Roncal, Kenny (2019). El empleo público como disciplina autónoma. La necesidad de superar el diletantismo entre lo laboral y lo administrativo.
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169964>
- Nadia Doménica Palomino Fernández, Análisis Constitucional de la eliminación del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios en la Administración Pública. Revista de Derecho Público Económico, n° 1, enero- diciembre 2021.

Informe de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública de la Comisión Multisectorial Encargada de estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública (2001)

[URL:https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/empleo_publico/comision.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/empleo_publico/comision.pdf)

Gamarra Vilchez, Leopoldo (2005). Principios del Derecho Procesal del Trabajo. En: Aportes para la reforma del proceso laboral peruano. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (1º Edición, p. 17)

Montalvo, Brenda (2017). Reforma unificadora de los regímenes laborales del sector público con el objeto de satisfacer los principios de mérito y de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, bajo la luz de la Ley del Servicio Civil. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

Miranda Hurtado, Guillermo (2004). Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público. Derecho & Sociedad. Lima, número 23, pp. 61-75. 30 de abril de 2021
URL:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16848/17160>

Neves Mujica, Javier (1989). El Derecho de la Estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana.

Neves Mujica, Javier (2010). Principales objeciones al contrato administrativo de servicios. Foro Jurídico, (Nº10, pp. 244-251).
Url: [Vista de Principales objeciones al contrato administrativo de servicios \(pucp.edu.pe\)](http://pucp.edu.pe)

Patron Faura, Pedro y Patron Bedoya, Pedro. (2004) Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú, Lima Perú. Editorial Jurídica Grijley (pp.153-155, 166, 167).

Pilotto Carreño, Luigino (2015). *EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS. El primer paso a la formalización laboral del Estado*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a MARIO PASCO COSMÓPOLIS. (1º Edición).

Puntriano Rosas, César (2009). El Régimen De Contratación Administrativa De Servicios: De la rigidez del Unilateralismo a la Deslaborización. *Laborem* N° 9. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (1º Edición).

Servat Pereira de Sousa, R. (2006). Nueva Ley Marco del Empleo Público y la problemática de la contratación de personal en el Estado. En Universidad de Lima (Ed.), Libro homenaje Facultad de Derecho. Fondo Editorial Universidad de Lima

SERVIR, URL: <https://www.servir.gob.pe/prensa-y-publicaciones/estadisticas/>

Silva Romero, Cristian (2017). Mérito y Capacidad: En defensa de la Carrera y Función Pública. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

Legislación:

- (Const.,1979)/Derogada/url:<https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
- (Const., 1993)/url: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf
- D. Leg. 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Congreso de la República, (06.03.1984) /url:<http://www.rree.gob.pe/elministerio/Documents/D.%20Leg.%20N%C2%B0%20276%20Ley%20de%20Bases%20de%20la%20Carrera%20Administrativa.pdf>
- TUO del D. Leg. 728, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo,

(21.03.1997) / url:
http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_003_1997_TR.pdf

- D. Leg. 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, Presidencia del Consejo de Ministros, (27.06.2008)/ url: https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0084/DL_REGULA_REGIMEN_ESPECIAL_CONTRATACION_ADMINISTRATIVA_SERVICIOSv02.pdf
- Reglamento de la Ley N° 1057, Decreto Suprema que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, Presidencia del Consejo de Ministros, (24.11.2008) /url: https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0084/DL_REGULA_REGIMEN_ESPECIAL_CONTRATACION_ADMINISTRATIVA_SERVICIOSv02.pdf
- Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, Congreso de la República, (19.02.2004) /url: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_per_26_ley_28175.pdf
- Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los Regímenes Laborales del Sector Público, Congreso de la República, (09.03.2021)/url: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-establece-disposiciones-para-erradicar-la-discrimina-ley-n-31131-1933248-1>

Jurisprudencia:

- Expediente N.° 1124-2001-AA/TC, TC, (2002)/url: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.pdf>
- Expediente N.° 976-2001-AA/TC, TC, (2001)/url: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>
- Expediente N.° 0177-2004-AA/TC, TC, (2004)/url: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00177-2004-AA.pdf>
- Expediente N.° 008-2005-AI/TC, TC, (2005)/url: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/19979BA8D0C4826C052586DC00031457/\\$FILE/0008-2005-AI.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/19979BA8D0C4826C052586DC00031457/$FILE/0008-2005-AI.pdf)
- Expediente N.° 00002-2010-PI/TC, TC, (2010)/url: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010-AI.pdf>
- Expediente N.° 05057-2013-AA/TC, TC, (2013)/url:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>

- Expediente N° 03344-20010-PA/TC, TC, (2010)/url:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03344-2010-AA.pdf>
- Expediente N° 01099-2016-PA/TC, TC, (2018)/url:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01099-2016-AA.pdf>
- Expediente N° 4664-2012-PA/TC, TC, (2015)/url:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/04664-2012-AA.pdf>
- Expediente N° 3146-2012-PA/TC, TC, (2012)/url:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/03146-2012-AA.pdf>
- Expediente N° 01154-2011-PA/TC, TC, (2011)/url:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01154-2011-AA.pdf>
- Casación Laboral N.º 23766-2018 ANCASH, CS, 2SDCST, (2018)/ url:
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Cas-Lab-23766-2018-Ancash-reposicion-sector-publico-LP.pdf>
- Casación N.º 8347-2014-DEL SANTA, CS, 2SDCST, (2015)/ url:
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Cas.-Lab.-8347-2014-Del-Santa-Legis.pe_.pdf
- Casación N.º 4336- 2015-ICA, CS, 2SDCST, (2016)/ url:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e3789b0043074042b55db51c629fb1f0/CAS+4336-2015.pdf?MOD=AJPERES>
- Sentencia N° 188- 2021-14JTPL, Exp. N° 3878-2020-0-1801-JR-LA-14, 14JELL, (2021). Sentencia Fundada en parte
- II Pleno Jurisdiccional Distrital Virtual en materia Laboral/url:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d1da3e804a5615a4a80afdb1377c37fd/II+PLENO+JURISDICCIONAL+SUPREMO+LABORAL-+A%C3%B1o+2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d1da3e804a5615a4a80afdb1377c37fd>