

Agenda del Derecho Laboral Peruano

CONTENIDO

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

- **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS:** Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes
- **CAROLINA CASTILLO PASTOR:** Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

- **ORLANDO GONZÁLES NIEVES:** Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 5º y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio?

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ:** Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ABANTO REVILLA:** Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación?
- **ESTELA OSPINA SALINAS:** Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI:** Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. (*E ideas para su deseada reconstrucción*)
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLchez:** El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026

INVITADO ESPECIAL

- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo

NOTAS A LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIOS
A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL QUE DECLARA LA
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1º,
2º, 3º Y 5º Y DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
Y FINALES DE LA LEY N° 31131, LEY QUE
ESTABLECE DISPOSICIONES PARA ERRADICAR LA
DISCRIMINACIÓN EN LOS REGÍMENES LABORALES
DEL SECTOR PÚBLICO: ¿EL FINAL DE UN PRINCIPIO?

*“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”
Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23, numeral I, literal c)*

CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE*

* Ex Presidente del Tribunal del Servicio Civil. Socio Principal de Morales Morante Abogados. Abogado con Estudios de Segunda Especialización y de Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de los Seminarios de Derecho Laboral, Procesal Laboral y de Empleo Público de la Universidad de Piura. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Consultor del Banco Mundial, PNUD, USAID, y de diversas entidades públicas y privadas. Ex Asesor de la Presidencia de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente y del Congreso de la República. Miembro del Comité Consultivo de la revista Gestión Pública y Control.

I. Antecedentes

Como es sabido, el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”), con fecha 30 de noviembre último, ha hecho público su pronunciamiento en relación a la inconstitucionalidad parcial de la Ley N° 31131¹, denominada “Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público” (en adelante “la Ley”).

Según dicha información, el pronunciamiento por mayoría, sería en el sentido de estimarse inconstitucionales los artículos 1°, 2°, 3° y 5°, así como sus Disposiciones Complementarias Finales “que disponían la incorporación de los trabajadores con Contrato Administrativo de Servicios (CAS) a los regímenes laborales de los Decretos Legislativos 276 y 728”.

Asimismo, se indica que “en este fallo, el TC reitera su jurisprudencia expresada recientemente en la sentencia 11-2020-PI/TC, en la que, por unanimidad, declaró inconstitucional la Ley 31039, sobre ascenso automático, nombramiento y otros, del personal de salud”.

Siguiendo dicho criterio, el TC habría considerado que la Ley bajo análisis “al ordenar la incorporación de los servidores del CAS a los [regímenes legales de los] decretos legislativos 276 y 728, es inconstitucional por infringir las disposiciones de la Constitución referidas a: la prohibición de los congresistas de crear o aumentar gastos (artículo 79°), el principio de equilibrio presupuestal (artículo 78°) y la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública (artículo 118, inciso 17)”².

Sin embargo, en relación al tema del presente artículo, el TC habría considerado que:

- 1 Hasta la fecha de elaboración del presente artículo, no ha sido publicada la Sentencia del TC. Sólo ha sido emitido el comunicado del 30 de noviembre de 2021 de su Oficina de Imagen Institucional, al que estamos haciendo referencia por tratarse de la única fuente disponible de información sobre el tema que nos ocupa.
- 2 El párrafo tercero reafirma lo señalado, en el sentido que además de no coadyuvar la Ley a un tratamiento adecuado de la gestión de recursos humanos en la Administración Pública, tampoco habría tenido el respaldo del Poder Ejecutivo, que es el competente para diseñar y dirigir la política laboral pública, en ejercicio de su facultad de “dirigir la política general del Gobierno”, conforme a lo dispuesto en el artículo 118, inciso 3, de la Constitución.

*“La Ley 31131 sacrifica la meritocracia -que el TC, en su sentencia 00025-2005-PI/TC, entiende como un **principio basilar** del acceso a la función pública-, pues la incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes de los decretos legislativos 276 o 728 [no] podría realizarse con un estándar menor al normalmente exigido para acceder al empleo en el Sector Público”.*

En función de esta premisa, derivada de los criterios aplicados en forma previa por el TC en sendos pronunciamientos, corresponde analizar en qué situación jurídica quedaría el único extremo no afectado por vicio de inconstitucionalidad, que al no haber sido expulsado del ordenamiento jurídico, mantiene vigencia y efectos, que sería el artículo 4° de la Ley, que dispuso: “los contratos administrativos de servicios son de carácter indefinido, motivo por el cual [los trabajadores] pueden ser despedidos solo por causa justa debidamente comprobada (sic.)”³, lo que implica que el legislador les habría reconocido la estabilidad en el trabajo, y con ello, sellado su destino, y el del régimen del servicio civil y su “principio basilar”: **el principio de mérito**.

Interesa por ello, analizar la forma como se articulaba la norma del artículo 4° con los derogados artículos 1°, 2° y 3 de la Ley, que establecían las reglas que permitirían implementar lo señalado en el artículo 1° de la Ley, cuyo objetivo era “erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público”:

- (i) Para estar comprendidos dentro del mandato de incorporación a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276, los trabajadores públicos debían desarrollar labores de naturaleza permanente en las entidades del Estado bajo el régimen legal del Decreto Legislativo 1057, y tener contrato CAS vigente al 10 de marzo de 2021⁴;
- (ii) Para que las labores sean consideradas de naturaleza permanente, debían cumplir las exigencias de tiempo mínimo del contrato CAS, que podrían extenderse de 2 a 3 años, dependiendo si se trataba de prestaciones continuas o discontinuas, si la modalidad de ingreso había

3 Es una inequívoca referencia al texto del artículo 48° de la Constitución de 1979, relativo a la estabilidad en el trabajo, que en su parte final señalaba que: “El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

4 La Ley N° 31131 se publicó el 9 de marzo de 2021, por lo que su entrada en vigencia fue el 10 de marzo de 2021.

- sido mediante concurso público CAS, o como SNP, y posteriormente recontratado como CAS;
- (iii) Finalmente, se contempló la aplicación progresiva del mandato de incorporación a los regímenes legales indicados, “respetando la disponibilidad presupuestal” de las entidades públicas”, en un plazo no mayor a cinco (5) años, debiéndose tener en cuenta “el grupo ocupacional y nivel”, en el caso del Decreto Legislativo 276, o “la clasificación laboral funcional de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público”, según correspondiera al régimen laboral al que estuviera adscrita la entidad pública, fijándose un orden de prelación en función de la antigüedad del contrato, edad, cuota de discapacitados o de igualdad de género, según el caso.

II. Análisis

1. El “mandato de incorporación” a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276

A nuestro modo de ver, el efecto buscado por el legislador de la Ley N° 31131, era inequívocamente “cerrar” el régimen legal del Decreto Legislativo N° 1057⁵, a través de la figura del *mandato de incorporación* de los trabajadores CAS a los regímenes legales del Decreto Legislativo 728, y en forma residual, al del Decreto Legislativo 276, como se puede apreciar de la redacción del artículo 1°, cuya primera parte señalaba que:

“El objeto de la presente ley es incorporar al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores que desarrollan labores permanentes en las diversas entidades del Estado (...)”

5 Vale recordar una experiencia anterior de “cierre” de un régimen legal, como el régimen “de cédula viva”, Decreto Ley N° 20530, que a través del “efecto espejo”, permitía reajustar automáticamente las pensiones de los cesantes con las remuneraciones del servidor en actividad, de igual categoría y nivel remunerativo. Para tal efecto, el Congreso implementó una reforma constitucional, mediante Ley N° 28389, y la complementó a través de su norma de desarrollo normativo, Ley N° 28449. Mediante la Ley N° 28389, modificó la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que recogía el principio de los derechos adquiridos en materia pensionaria, para sustituirlo por el principio de los hechos cumplidos, y poder eliminar el factor de reajuste automático, y sujetar las pensiones a topes fijados en función de las posibilidades de la economía nacional, determinados por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Para luego establecer que:

“En las entidades públicas, cuyo régimen laboral es exclusivamente el del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, la citada incorporación se hace respecto a este régimen”.

En la base de esta opción legislativa, estaban las siguientes consideraciones:

Desde inicios de los noventa, con el proceso de privatización de las empresas públicas, el régimen que se aplicó en el Sector Público, predominantemente, fue el régimen laboral de la actividad privada.

Incluso entidades típicamente públicas, como el Congreso de la República y el Poder Judicial, organismos constitucionalmente autónomos como la Contraloría, el Banco Central de Reserva⁶, entre otros, en sus leyes orgánicas optaban por el régimen laboral privado, al igual que los nacientes organismos reguladores de la inversión privada en diversos sectores (telecomunicaciones, energía y minas, transporte, agua y saneamiento, etc.).

Por ello, la opción del legislador de la Ley 31131 no fue casual: implicaba el acceso del trabajador CAS a un abanico más amplio de beneficios legales respecto del régimen del Decreto Legislativo 276, y claro está, del régimen legal del Decreto Legislativo 1057, como CTS y gratificaciones legales⁷, -estas últimas con una base de cálculo notoriamente mayor- y en general, el acceso generalizado a todos los beneficios legales del régimen laboral privado.

Aunado a este cuadro, se debe adicionar el acceso potencial de los trabajadores CAS al derecho a la negociación colectiva bajo los alcances de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en el ámbito de las entidades públicas sujetas al régimen laboral privado⁸, a diferencia del sector público, en que se aplica la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal, en el que

6 Ver al respecto: Pasco, Mario, Trabajadores del Estado en Iberoamérica, Perú, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pág. 281-2

7 Respecto de los aguinaldos por fiestas patrias y navidad, otorgados por montos fijados en la Ley del Presupuesto Público. El trabajador CAS no tiene derecho a CTS.

8 Es importante señalar que el Decreto Legislativo 1057, en su artículo 6°, literal i), reconoce a los trabajadores CAS el derecho a la libertad sindical, introducido por la Ley N° 29849.

los incrementos de remuneraciones deben sujetarse al principio de previsión y provisión presupuestal⁹.

Con estos “incentivos”, el legislador de la Ley 31131, dejaba entrever no sólo su inocultable preferencia por la incorporación de los trabajadores CAS al régimen laboral de la actividad privada, cerrando el régimen legal del CAS, sin proponer ninguna alternativa para su migración al régimen legal del servicio civil, buscando que dicha incorporación tenga carácter irreversible a través de las normas contenidas en los artículos 2° y 3° antes citados.

2. Requisitos para implementar el “mandato de incorporación”

Como se ha señalado, a fin de implementar la incorporación de los trabajadores CAS al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, o subsidiariamente al Decreto Legislativo 276, la Ley establecía un conjunto de requisitos que hemos enumerado en el numeral anterior, por lo que procederemos a vincularlos dentro del esquema de “cierre” del régimen del Decreto Legislativo 1057, que tenía en mente el legislador de la Ley 31131.

150

Una primera apreciación de los requisitos exigidos en los literales a), b), c) y d) del artículo 2°, nos permite inferir que se vinculaban directamente a la declaración de los contratos CAS como “contratos de carácter indefinido”, figura equivalente a la de “contrato a plazo indeterminado”, regulada en el artículo 4° del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante D.S. N° 003-97-TR (“LPCL”)¹⁰.

En efecto, tanto la exigencia de que el trabajador CAS haya prestado desde el 10 de marzo de 2021, labores de naturaleza permanente, contar con contrato CAS vigente por 2 años continuos, o 3 de modo discontinuo, claramente apuntan en la misma dirección: que los trabajadores CAS al haber prestado labores ordi-

9 Ver artículo 3°, literal d) de la Ley N° 31188: “d) Principio de Previsión y Provisión Presupuestal: En virtud del cual todo acuerdo de negociación colectiva que tenga incidencia presupuestaria deberá considerar la disponibilidad presupuestaria. También nuestro artículo, Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva del Sector Público, en: LABOREM N° 22, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2020, pág. 127 y ss.

10 **“Artículo 4°.** - *En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)*”.

narias, durante los períodos señalados, coincidentes con la finalidad pública de la entidad, se les debería reconocer un vínculo contractual de duración indefinida.

El tercer requisito se vincularía al ingreso del trabajador CAS mediante concurso público, lo cual parecería un guiño de cumplimiento al principio de mérito, recogido en el artículo 3° del Reglamento del Decreto Legislativo 1057, y a la normatividad contenida en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, y a la propia Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Sin embargo, el párrafo *in fine*, nos vuelve a la realidad jurídica: se considera como excepción “haber tenido la condición de servicios no personales y [haber celebrado] posterior contrato administrativo de servicios”; es decir, la regla quedó relativizada, y apreciamos un primer rasgo de vulneración del principio de mérito, que, a nuestro juicio, debe haber motivado la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo en cuestión.

El último requisito previsto en el literal d) del artículo 2°, consideramos que va en la misma línea crítica: se comprende dentro del mandato de incorporación del artículo 1° de la Ley “a los trabajadores que hayan renunciado a un contrato CAS para asumir un contrato distinto en el ínterin de la vigencia de la presente norma se les reconoce los derechos que confiere la presente norma (...)”.

A nuestro juicio, la única explicación sería una aplicación desmesurada del principio de irrenunciabilidad, a fin de comprender dentro de los beneficios de la Ley a trabajadores CAS que hubieran “renunciado a un contrato CAS”; pues, por principio, el acto de renuncia, para ser válido, presupone una declaración de voluntad unilateral y expresa del trabajador, y al surtir efectos, extingue el contrato de pleno derecho, como en efecto está regulado en el artículo 10° de la Ley¹¹.

Sostener lo contrario, sería asumir *a priori* la existencia de un vicio de la voluntad, que debiera ser materia de prueba en un proceso judicial, con las garantías del debido proceso para ambas partes; situación que pone en cuestión la objetividad del criterio para sustentar el mandato de incorporación de los trabajadores CAS al régimen laboral de la actividad privada, asomando nuevamente sombras de duda sobre la constitucionalidad del artículo bajo análisis.

11 Ver artículo 10° de la Ley sobre la renuncia como modo de extinción del contrato CAS.

Sin perjuicio de ello, pasemos a analizar el artículo 3° de la Ley, que establece las reglas para la aplicación progresiva del proceso de incorporación.

3. Reglas para la aplicación progresiva de la Ley

Complementando el análisis realizado líneas arriba, corresponde ocuparnos de las reglas que diseñó la Ley 31131, para implementar la incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales 728 y 276.

Para este propósito, nos enfocaremos en analizar su vinculación con el esquema de cierre, sin entrar en detalles mayores, por exceder los alcances del presente artículo.

Como se aprecia de la lectura del artículo 3°, la Ley plantea la aplicación progresiva del proceso de incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales referidos, derivando al Reglamento los aspectos operativos, señalando que todo ello se ejecutaría “respetando la disponibilidad presupuestaria de las entidades públicas”¹².

152

Conforme resulta evidente, esta última norma, contraviene el principio de equilibrio presupuestario, dado que comprometería recursos fiscales a futuro del Presupuesto Público, atendiendo al elevado número de trabajadores CAS comprendidos en el proceso de incorporación, que excederían los presupuestos de las entidades públicas, habida cuenta que se tendría que reconocerles los beneficios legales del régimen laboral privado, como hemos analizado, y, sólo en su defecto, los del régimen legal del Decreto Legislativo 276.

Para ello, el artículo 3° propone el sistema de equivalencias a aplicarse, olvidándose que en el régimen legal del Decreto Legislativo 728, no existe línea de carrera, por lo que éstas sólo serían aplicables en el régimen de carrera administrativa del Decreto Legislativo 276, en función al grupo ocupacional, y nivel alcanzado; o en su defecto, de acuerdo a la clasificación de servidores y

12 Como es evidente, esta parte de la norma también infringiría diversos principios presupuestarios de nivel normativo, como universalidad y unidad, de no afectación predeterminada, y de centralización normativa y descentralización operativa (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Título Preliminar), además del principio constitucional de equilibrio presupuestario (art. 78°).

funcionarios prevista en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público¹³, en el caso de entidades públicas sujetas a este último régimen.

No obstante que el artículo 3° incide en la aplicación progresiva, en un periodo no mayor a 5 años, y su respeto a la disponibilidad presupuestaria, estimamos que esta disposición contraviene elementales principios presupuestales, al no prever ninguna fuente de financiamiento para su implementación, habida cuenta que en el análisis costo-beneficio, no se cumplió con indicar los recursos fiscales que permitirían atender dicho gasto.

Precisamente, el Tribunal Constitucional (“TC”), en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0011-2020-PI/TC¹⁴, declaró inconstitucional la Ley N° 31039, sobre ascenso automático, nombramiento del personal de salud, acogiendo la posición del Poder Ejecutivo, por cuanto:

“El proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio (...) generará costos incrementales, debido a que las entidades a las que se refiere el artículo 2, no cuentan con los créditos presupuestarios para financiar las valorizaciones correspondientes al nuevo cargo, así como tampoco se han programado los recursos para financiar esta medida durante el Año Fiscal 2021 (...)”¹⁵.

A partir de las premisas relevadas, corresponde abordar el tema central del presente artículo: la situación de los contratos CAS a partir de la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3° de la Ley, y de la subsistencia de la norma del artículo 4°, que seguidamente analizamos.

III. Situación de los contratos CAS a partir de la Sentencia del TC

1. Desde el punto de vista jurídico

A nuestro juicio, el artículo 4° de la Ley constituía la piedra de toque para la incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276.

13 Ver artículo 4° de la referida Ley, que contempla una tipología de servidores y funcionarios públicos.

14 Denominada Caso de la ley de ascensos, nombramiento y beneficios para el personal de salud. Pleno Jurisdiccional del TC del 15 de diciembre de 2020.

15 Ver Fundamento Jurídico 114 de la Ejecutoria citada, basada en el informe N° 0976-2020-EF/04 del 26 de agosto de 2020.

En primer lugar, porque al establecer el carácter indefinido de la duración de los contratos CAS, y a renglón seguido, reconocerles estabilidad en el trabajo, los CAS no podían ser despedidos, sino “por causa justa debidamente comprobada”, manteniendo sus contratos efectos “hasta que se produzca la incorporación a que se refiere el artículo 1 [de la Ley]”.

En consecuencia, al devenir un imposible jurídico y material, el cumplimiento del mandato de incorporación a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276, por su declaración de inconstitucionalidad, los contratos CAS virtualmente habrían quedado prorrogados en sus efectos *sine die*, bajo las mismas condiciones en que estaban pactados (remuneraciones, condiciones de modo, tiempo y lugar, etc.), a la entrada en vigencia de la Ley 31131; es decir, 10 de marzo de 2021.

En consecuencia, permanece vigente el régimen legal del Decreto Legislativo 1057 y su Reglamento respecto de los contratos CAS en la situación descrita líneas arriba, con excepción del carácter indefinido de su duración, en aplicación del primer párrafo del artículo 4° de la Ley, que, asimismo, limita el despido a una “causa justa debidamente comprobada”.

Sin embargo, es en el segundo párrafo del artículo 4° de la Ley, en el que se declara el cierre definitivo del régimen legal del CAS:

“A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, ninguna entidad del Estado podrá contratar personal a través del régimen especial de contratación administrativa de servicios (...)”

En consecuencia, el esquema ideado por el legislador de la Ley 31131, quedaba completo: estabilidad laboral para los trabajadores CAS “en tránsito” a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276, en tanto durara su proceso de incorporación, a fin de garantizar la conservación de su contrato CAS, cuya aplicación progresiva se había previsto para un plazo no mayor de 5 años.

Únicamente quedaban exceptuados de la regla “las contrataciones que se encontra[ban] vigentes y que sean necesarias de renovar a efectos de no cortar (sic.) el vínculo laboral de los trabajadores con vínculo vigente, en tanto se ejecute lo dispuesto en el artículo 1 de la presente ley”, así como los trabajadores CAS “que hayan sido contratados como CAS de confianza”.

Con ello se pensaba que quedaba cerrado el régimen del Decreto Legislativo 1057, con la colocación de este último “candado” legal: la prohibición de nuevas contrataciones bajo el régimen CAS.

El efecto, paradójicamente, fue opuesto: al haber sido declarados inconstitucionales los artículos antes analizados, los trabajadores CAS están en un limbo jurídico, dado que al no poder ser incorporados a los regímenes de los Decretos Legislativos 728 y 276, permanecen dentro del Decreto Legislativo 1057, con excepción de la duración indefinida de sus contratos y estabilidad en el trabajo, bajo las mismas condiciones pactadas en su contrato vigente al 10 de marzo de 2021, y los beneficios previstos en el régimen legal del CAS.

En otras palabras, los trabajadores CAS están congelados en su *status* jurídico: por un lado, imposibilitados de trasladarse a otro régimen legal del Estado, como el régimen del Decreto Legislativo 276 o el régimen legal del servicio civil; y por el otro, al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, por haber sido declaradas inconstitucionales las normas de la Ley 31131 que así lo habilitaban.

2. Necesidad de reconexión con el régimen legal del servicio civil

En nuestro concepto, la coexistencia entre el régimen legal CAS y el proceso de implementación del régimen legal del servicio civil, ha distado de ser pacífica y armoniosa, dado que ha reflejado las tensiones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, especialmente en estos últimos tiempos de pandemia y extrema crispación política.

Recordemos que el régimen legal del servicio civil, se inicia el año 2008 con la creación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil¹⁶ y con la entrada en vigencia e implementación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (“LSC”), en el año 2013, con la clara intención de “establecer **un régimen único y exclusivo** para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado”¹⁷.

Por otro lado, el régimen legal del Decreto Legislativo 1057, es creado en el año 2008, como régimen temporal de contratación administrativa de servicios

16 Decreto Legislativo N° 1023.

17 Ver Artículo I del Título Preliminar de la LSC.

(CAS), y posteriormente es modificado en el año 2012 por la Ley 29849, con el siguiente objetivo, plasmado en su artículo 1°:

*“La presente Ley tiene por objeto **establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios**, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057, en adelante Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057. La eliminación del referido régimen **se efectúa de manera progresiva** y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley”.*

Lo curioso es que, a partir de la lectura de esta última norma, surge un inevitable paralelo con la situación originada por la Ley 31131 y su inconstitucionalidad parcial: se planteaba la eliminación (¿o cierre?) del régimen legal del Decreto Legislativo 1057, en forma gradual (¿o progresiva?) a partir del año 2013 hasta la implementación del Régimen del Servicio Civil.

Al margen de estas coincidencias, y sin entrar al análisis de las múltiples y diversas causas que impidieron que pudiera implementarse en la práctica el “nuevo” régimen del servicio civil, existe un consenso general entre los diversos actores sociales y políticos, y gestores en políticas públicas y de recursos humanos, que la reforma del servicio civil en el Perú, se implementó sólo en un segmento muy reducido de entidades públicas.

Ello aunado al “ocio legislativo”, y la incapacidad del Poder Ejecutivo de liderar una reforma del Estado, el régimen legal del CAS no obstante su carácter temporal y su inminente “eliminación” permaneció vigente¹⁸, a la par que la implementación del régimen legal del servicio civil perdía impulso y dinamismo en cada nuevo gobierno, y lo que es más grave, legitimidad ciudadana, uno de sus objetivos centrales.

El otro, qué duda cabe, era el principio de mérito.

En palabras del TC:

18 A manera de referencia, SERVIR estima en 1'500,000 los trabajadores públicos, y los CAS sumarían alrededor del 22% de esta fuerza laboral; es decir, alrededor de 330,000 trabajadores, cifra superior a la consignada por el Procurador Público en un cuadro que presentamos más adelante, por ser la única fuente oficial sobre el número de trabajadores CAS en el Perú.

“(...) el acceso a la función pública no representativa está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional de Derecho, tal como se halla configurado el Estado peruano, es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública”.¹⁹

Reafirmando lo señalado, el TC agrega que:

*“En resumen, el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial **el principio de mérito**, el cual vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador **a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito**; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas”*²⁰.

3. Desde el punto de vista económico y de política pública

Finalmente, es inevitable hacer referencia a la situación de los contratos CAS desde el punto de vista económico y de políticas públicas.

El TC tiene fijado como criterio vinculante, basado en el principio de independencia de poderes, que todo lo relacionado a la hacienda y finanzas públicas competen al Poder Ejecutivo -y no al Congreso- como responsable de dirigir la política general de la Nación, y bajo esa premisa, dentro de sus competencias, formula el presupuesto general de la República, en el que ingresos y gastos fiscales deben estar equilibrados:

*“(...) dado que la ausencia de una coordinación previa con el Poder Ejecutivo, constituiría la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79° de la Constitución, necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que anteceda a la expedición [de una] ley. **Incurriría en una inconstitucionalidad de fondo, toda vez que el contenido de la ley, así expedida, será violatoria de la prohibición prevista en el artículo 79° de la Constitución, es decir, de la prohibición que el Congreso tenga iniciativa en la generación de gasto público, salvo en lo que atañe a su propio presupuesto**”*²¹

19 Ver Fundamento Jurídico 48, Ejecutoria del TC del 25 de abril de 2006, recaída en el Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

20 Fundamento Jurídico 50.

21 Ver Fundamento Jurídico 25. Sentencia del TC, Exp. N° 0011-2020-PI/TC.

No en vano las alegaciones del Poder Ejecutivo, recogidas en la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Procurador Público, han estado focalizadas en los efectos económicos del mandato de incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276.

Como se puede apreciar del escrito de demanda, el Ministerio de Economía y Finanzas, había estimado que los costos incrementales de la incorporación de trabajadores CAS a los regímenes legales referidos, demandaría la suma de S/ 3,637,105.756.50²², lo que origina un serio desequilibrio en la estructura de ingresos y gastos del Presupuesto General, contrario al principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria, recogido en el artículo 78° de la Constitución.

Por otra parte, es igualmente relevante hacer referencia al número de trabajadores CAS, que como hemos analizado, habrían quedado en un limbo jurídico, viendo congelados sus beneficios legales y condiciones contractuales, sin ninguna posibilidad de hacer carrera pública, y lo que es peor, ninguna motivación para emprenderla, pues al haberles otorgado estabilidad en el trabajo, no tienen ningún incentivo para migrar a un régimen que se sustente en el principio de mérito, como el régimen legal del servicio civil.

Estas cifras pueden apreciarse en el cuadro siguiente, desagregado por entidades públicas en los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local), y por algunas entidades públicas, incluyendo organismos constitucionalmente autónomos.

Cuadro N° 1
Distribución del Personal CAS en la Administración Pública
Ejercicio Fiscal 2021

Entidad Pública	Personal CAS	Porcentaje
Poder Ejecutivo	120,520	42,02 %
Gobiernos Regionales	70,398	24,54 %
Gobiernos Locales	70,339	24,52 %
Poder Judicial	9,233	3,21 %

22 Información recogida en el Informe N° 383-2021-EF/53.04 del 13 de abril de 2021, elaborado por la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Estado, numeral 2.66. Citado en la demanda de inconstitucionalidad, pág. 7.

Entidad Pública	Personal CAS	Porcentaje
Ministerio Público	9,174	3,19 %
Registro Nacional de Identidad y del Estado Civil	3,317	1,15 %
Contraloría General de la República	2,057	0,71 %
Congreso de la República	557	0,19 %
Defensoría del Pueblo	521	0,18 %
Oficina Nacional de Procesos Electorales	275	0,09 %
Junta Nacional de Justicia	154	0,05 %
Jurado Nacional de Elecciones	138	0,04 %
Tribunal Constitucional	114	0,03 %
Total	286,797	100 %

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas (Informe N° 383-2021-EF/53.04, numeral 2.66).

Elaboración: Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.

Como puede apreciarse, el 90% de los trabajadores CAS, se concentran en el ámbito del Gobierno Nacional, y de los Gobiernos Regionales y Locales, en los que se concentra los recursos presupuestales, y hacia donde debería orientarse cualquier reforma del Estado, por el impacto que irradia en la población, especialmente en las personas de menores ingresos o que se encuentran en el segmento de pobreza urbana y rural.

Visto así, queda claro que urge repensar el régimen del servicio civil, dado que la situación originada por la inconstitucionalidad parcial de la Ley 31131, ha dejado a un grueso sector de trabajadores del Sector Público en un limbo jurídico, manteniendo virtualmente “congelado” un régimen diseñado para el tránsito hacia el régimen legal del servicio civil.

En tanto persista esta situación de anomia y “ocio legislativo”, y no existan iniciativas de revisión del proceso de reforma del servicio civil por parte de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Economía y Finanzas, asistiremos inevitablemente al final del principio de mérito y de cualquier posibilidad de contar con un servicio público de calidad en el Perú, sacrificando nuestro desarrollo futuro.

La pandemia nos dejó muchas lecciones. Quizás la más abrumadora fue que el Estado no respondió eficazmente a las demandas de la población, quedando en evidencia la absoluta precariedad de nuestra infraestructura de salud, así como de soporte social y económico, que colapsó a las pocas semanas del inicio de la pandemia²³.

De ahí que sea imperativo retomar el rumbo de la reforma, reconectando al personal CAS con un renovado régimen del servicio civil, especialmente dirigido a los jóvenes que quieran hacer carrera dentro del Estado, empeño que sólo verá los frutos cuando se logre reactivar la economía y superar la gravísima crisis sanitaria por la que estamos atravesando.

Los responsables de las políticas públicas tienen la palabra.

23 Una obra de imprescindible consulta sobre esta materia, es el libro publicado por Editorial Gaceta Jurídica, Buen Gobierno y mejor gestión: Cómo entender y fortalecer el estado en tiempos de pandemia, Juan Jiménez Mayor (Director), Lima, 2021, Gaceta Jurídica.