

EL CESE INCONSTITUCIONAL DE LA RELACIÓN LABORAL PÚBLICA Y SU PROTECCIÓN: UN REPASO Y ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU VARIADO TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

MANUEL GONZALO DE LAMA LAURA

Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUCP.
Abogado por la UDEP. Con estudios avanzados en Derecho Social por
la Fundación de la Universidad de Salamanca. Asociado de la SPDTSS.
Profesor universitario.



Amadeo es un servidor público que labora en el marco de la denominada “carrera administrativa”, regulada por el Decreto Legislativo N° 276. Trabaja junto con Mariano, quien está contratado bajo las reglas del régimen laboral privado (Decreto Legislativo N° 728), y con Salvador, quien ahora “respira más tranquilo” desde hace un par de años, dado que su contrato administrativo de servicios (CAS) se volvió “permanente”, siendo que, antes de la emisión de la Ley N° 31131, su contrato era renovado mes a mes. Por su parte, aunque no bajo el marco de un contrato laboral formal, Santiago, es un locador de servicio que es compañero de todos ellos, desde hace más de 3 años. En estricto, cada uno de ellos, cumplen las mismas o similares funciones.

Lo descrito, no procura mostrar el inicio de una triste o decepcionante ficción literaria, ni nada por el estilo. Por el contrario, es una situación bastante verosímil en no pocas entidades públicas, dando por descontada la nada despreciable cantidad de servidores públicos que son contratados bajo diversos regímenes especiales que el Estado emplea para contratar a su personal, y la más o menos reciente implementación, aunque minúscula, de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057.

Normativamente, el Estado ha generado esta variedad de tipo de servidores públicos, lo cual de alguna manera ha repercutido en una preocupación genuina por parte de estos últimos en relación con las condiciones en las que desarrollan sus labores, y, principalmente, sobre su estabilidad laboral.

Así, por ejemplo, pocos después de haberse emitido el Decreto Legislativo N.º 1057, fueron los servidores CAS mixtos, es decir, aquellos que desde un inicio se vincularon con su entidad empleadora, a través de una locación de servicios, y al cabo de este, de manera inmediata, bajo un CAS, quienes al término de este último, buscaron en la Judicatura, ordinaria y constitucional, algún tipo de tutela ante la no renovación de sus contratos, bajo la consideración de que durante su aparente prestación de servicios autónoma, realmente su vínculo contractual era de carácter laboral, y que, por lo tanto, dicha no renovación configuraba un despido incausado. Esto llevó, como se sabe, a que la

Corte Suprema (CS) se refiera a los supuestos de invalidez del CAS. En efecto, el año 2014, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, se acordó que tales situaciones se daban cuando:

- La relación contractual preexistente tiene su origen en un mandato judicial de reposición al amparo de la Ley N° 24041, o por aplicación directa de la norma al caso concreto;
- Previamente a la suscripción del contrato CAS, el trabajador tenía una relación laboral de tiempo indeterminado por desnaturalización de la contratación modal empleada; y,
- Previamente a la suscripción del contrato CAS, el locador de servicios tenía, en los hechos, una relación laboral de tiempo indeterminado encubierta.

En la misma línea de estos cuestionamientos judiciales, y con más razón aún, incluso años antes de la creación del régimen del CAS, aquellos locadores de servicios que siempre se mantuvieron vinculados con el Estado de esta forma contractual, bajo el entendido que verdaderamente fueron trabajadores, iniciaron sendos procesos para cuestionar la decisión de esta última sobre la no continuación de su relación contractual. Al respecto, hay innumerables muestras de ello, tanto a nivel de jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹ y del Poder Judicial².

Era tal la cantidad de servidores públicos que habían sido contratados como locadores, y el reconocimiento del propio Estado respecto de su actuar ilegal (y también inconstitucional) con dichas contrataciones, que decidió crear un régimen “administrativo” de servicios que otorgara algunos pocos derechos de tipo laboral y de seguridad social, a sus servidores-locadores³.

1 Por todas pueden verse las sentencias recaídas en los expedientes N.º 00645-2007-PA/TC, 05114-2008-PA/TC, 0459-2009-PA/TC, 01162-2005-PA/TC, 09951-2005-PA/TC y 05652-2007-PA/TC.

2 Por todas pueden verse las Casaciones N.º 2440-2003-Lima, 963-2004-Lima, 2440-2003-Lima, 1462-2006-Lima y 1505-2006 Callao, 290-2004-Lima.

3 Cómo se aprecia de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1057, el mismo Estado era consciente de la situación irregular de muchos de sus servidores públicos:
“No obstante, la contratación de personal para la prestación de servicios al Estado, especialmente en las entidades cuyo régimen laboral es el de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa Decreto Legislativo N° 276, se ha venido produciendo en los últimos años a través de la utilización de los contratos denominados de “servicios no personales”, y otras formas contractuales cuyo contenido no conlleva el goce efectivo de derechos fundamentales
El Estado tiene una razón de ser esencial, la de ser garante de los derechos fundamentales. Este rol esencial no admite matices en las diferentes posiciones en las que puede actuar, así, el Estado-empleador no

No obstante ello, cabe recordar que desde el nacimiento del CAS como modalidad de contratación de personal privativa del Estado, tuvo no pocos reparos por parte de la doctrina nacional⁴. Esta crítica, que fue secundada por los anteriores locadores que luego fueron CAS, e incluso, por los denominados CAS puros, se manifestó con la interposición de una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057, la cual fue declarada infundada⁵. Pese a ello, el TC dejó claro, al menos, que el CAS era de carácter laboral pese a su denominación, aunque obvió analizar, inexplicablemente, si este nuevo régimen laboral público, afectaba o no el principio de igualdad.

Como se sabe, esta convalidación de la “constitucionalidad” del régimen CAS, no melló las intenciones de los servidores contratados bajo este marco normativo, de buscar judicialmente una tutela que les permitiera obtener algún tipo de reparación en caso su contrato no se renueve. Recordemos que, desde su entrada en vigencia hasta hace algunos pocos años, el CAS era una modalidad contractual no solo exclusivamente temporal, sino también incausada, a diferencia de los contratos a plazo fijo que se emplean en el régimen laboral privado. Ello naturalmente, brindaba a la entidad pública, un amplio margen de decisión sobre si renovaba o no un CAS, y con ello, la incertidumbre de dichos servidores sobre la continuidad de su vínculo laboral.

La referida preocupación de los servidores CAS, sobre todo de los mixtos, motivó como se ha indicado, que la CS emitiera un acuerdo plenario sobre los casos de invalidez de los CAS. Esta irregularidad, básicamente se producía por que quien fue en realidad trabajador, antes del CAS, pese a que formalmente no

puede dejar de cumplir con los derechos fundamentales de sus propios servidores.

Fallos del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial han determinado que algunas personas contratadas mediante servicios no personales, que ingresaron sin concurso público, sean declaradas como trabajadores públicos. (...)

En el fondo, de lo que se trata es introducir a la formalidad las relaciones de prestaciones de servicios que el propio Estado no manejaba de la manera más adecuada.

Como quiera que el “contrato por servicios no personales no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, ya que nunca se han explicitado sus alcances a través de ninguna norma legal, se incorpora la figura del “contrato administrativo de servicios”, que es un contrato sui generis, creado como figura jurídica propia del Derecho Administrativo peruano y de uso privativo del Estado, a través de sus diversas reparticiones, instituciones, entidades y empresas, aun aquellas cuyo régimen laboral es, por excepción, el de la actividad privada. Por tal razón, es necesario incluir una norma omnicompreensiva, que permita incluir en la nueva regulación a todas las entidades estatales sin excepción.”

4 Por todos puede verse: Neves (2009:79-93) y Balbín (2009:121-128).

5 Mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC.

lo era, estaría, con la suscripción de este contrato, renunciando indebidamente a una situación jurídica que le otorgaba una estabilidad laboral “más completa”, por decirlo de algún modo, y a derechos propios del régimen laboral de la entidad en la que brindaba sus servicios. Es por ello que la CS⁶, consideró en su momento, que con este tipo de sucesión contractual, se vulneraba el principio de irrenunciabilidad de derechos recogido en el artículo 26 de nuestra Constitución.

Al respecto, el TC parecía tener una mirada distinta⁷ a la perspectiva de la CS sobre el particular. Así por ejemplo, el colegiado constitucional ha señalado que la solución de reposición desnaturalizaría la esencia especial y transitoria del CAS, por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado, por lo que la adecuada protección procesal que corresponde brindar a dicho trabajador solo tendrá un carácter indemnizatorio. De esta manera, se advierte que el TC separa los periodos de servicios que el demandante ha prestado para la entidad demandada, bajo modalidades contractuales diversas. Partiendo de ello se arguye que en el proceso de amparo resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del CAS, el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un periodo independiente de aquel, que es constitucional. Por lo tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del CAS⁸.

6 Por todas puede verse las Casaciones N.º 12074-2015-Amazonas, 00007-2012-La Libertad, 1529-2016-Huaura, 14414-2013-Lima Sur, 1642-2012-La Libertad, y, 038-2012-La Libertad.

7 En pocas ocasiones, el TC tuvo una opinión diferente en relación con su reiterada jurisprudencia sobre la materia, y, por lo tanto, similar a la posición de la CS. Por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente N.º 01154-2011-PA/TC, el colegiado constitucional indicó lo siguiente:

“9. *Así las cosas y atendiendo al carácter irrenunciable de los derechos laborales que preconiza el artículo 26º de la Constitución, resulta relevante destacar la continuidad en las labores administrativas realizadas por la demandante independientemente de la modalidad de su contratación, hecho que permite concluir que los supuestos contratos de locación de servicios y contratos administrativos de servicios encubrieron, en realidad, una relación de naturaleza laboral y no civil, por lo que la actora solamente podía ser despedida por causa derivada de su conducta o capacidad laboral que lo justifique, lo que no ha ocurrido en el presente caso.*

10. *En consecuencia, se ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria del proceso de amparo, procede la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando.”*

8 Esta tendencia fue recogida en primer lugar en la sentencia recaída en el Expediente N.º 03818-2009-PA/TC, y luego retomada en los expedientes 03792-2012-AA/TC, 02690-2011-PA/TC, 01852-2013-PA/TC.

Dicho criterio refleja un apartamiento de su jurisprudencia anterior, en función de la invalidez de los contratos de locación de servicios que encubrían una relación laboral. Con esta nueva postura, entonces, el TC marca distancia del criterio señalado e impidió una protección restitutoria, desde la vía constitucional a todos aquellos que prestaban sus servicios en una entidad pública desde hace años mediante modalidades civiles y que fueron contratados posteriormente como CAS.

Es cierto que la creación de este régimen de contratación no tenía sino la finalidad de que el CAS sea una fórmula de transición para erradicar el pernicioso régimen de contratación de servicios no personales (SNP); sin embargo, consideramos que el TC yerra al considerar que la contratación administrativa de servicios “redime” al Estado de haber simulado una relación laboral por medio de los contratos SNP. Y es que entender que la contratación administrativa de servicios posterior a una relación laboral, simulada bajo la modalidad de SNP, limpia de plano, toda intención fraudulenta del Estado-empleador, significaría avalar una actitud abusiva de la entidad que debería dar el ejemplo en lo que corresponde al respeto de las normas laborales.

Continuando con nuestro repaso, observamos que quizás el TC, para asegurarse de evitar que los CAS mixtos y otros servidores públicos que habían ingresado a laborar mediante locaciones de servicios desnaturalizadas, demandaran su reposición, ante la no renovación de su contrato, emitió el año 2015, un precedente vinculante que truncaba justamente esta posibilidad, aunque no la tutela indemnizatoria. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC, conocido como “Caso Huatuco”, el colegiado constitucional estableció como precedente vinculante que:

“(…) en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada (…)”

Ciertamente, este precedente generó un revuelo importante en el ámbito profesional y académico laboral, probablemente solo parecido al que el mismo colegiado ocasionó cuando emitió la sentencia del “Caso Telefónica” (sentencia del Expediente N° 1124-2001-AA/TC). La diferencia es que con el “Caso

Huatuco”, el TC agudizó el retroceso en la protección del derecho del trabajo de los servidores públicos irregularmente contratados como locadores de servicios, matiz que ya venía caracterizando su jurisprudencia desde la sentencia que confirmó la constitucionalidad del CAS. Al respecto, por mencionar solo algunas posiciones sobre el particular, unos autores, incluso, recomendaron en su momento, desacatar este precedente⁹, y otros, enfatizaron que la responsabilidad de la indebida contratación laboral del Estado, no debiera haber recaído en los servidores afectados¹⁰.

Poco después, la CS, siguiendo una corriente jurisprudencial que se fue forjando de a pocos en instancias judiciales inferiores¹¹, identificó algunos supuestos a los que no debía aplicarse el precedente del “Caso Huatuco”. Lo hizo mediante algunas casaciones¹², en las que, importando el “*distinguish*”, que es una práctica judicial derivada del derecho anglosajón, consideró que los siguientes casos no se subsumían en la aplicación del mencionado precedente:

- Cuando la pretensión demandada este referida a la nulidad del despido, prevista en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TULO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y Leyes especiales.

9 Mujica (2015) por ejemplo, sustentaba esta posición en los siguientes fundamentos: “(i) porque se contraponen al derecho a un trabajo en el que no se limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador, así como a una protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos definidos por los artículos 23 y 27 de la Constitución y el artículo 7 del PSS; (ii) porque discrimina inconstitucionalmente a los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado respecto de sus pares en el sector privado; (iii) porque se opone al derecho a la protección judicial consagrado en artículo 25.1 de la CADH; (iv) porque deriva los procesos de Amparo tramitados actualmente a jueces y procedimientos que no estaban predeterminados legalmente desconociendo el artículo 139.3 de la Constitución según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)”; y (v) porque, en vez de desincentivarse los despidos arbitrarios en el Sector Público, se estimula la violación impune de los derechos constitucionales de los trabajadores implicados, validando y pretendiendo hacer irreversibles tales despidos.”

10 En una entrevista realizada al ex magistrado constitucional, César Landa (2015), este opinaba que: “Si bien es razonable que los trabajadores del sector público ingresen a este sector por sus méritos acreditados en un concurso público; la responsabilidad y sanción por no haberse realizado un concurso público no debe recaer sobre ellos, sino más bien sobre el Estado que utiliza estas modalidades”.

11 Es el caso por ejemplo de la sentencia que resuelve en segunda instancia el Expediente N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03 y la que resuelve en primera instancia el Expediente N° 0058-2014-0-1618-JM-LA.

12 Ver por todas las Casaciones N° 11169-2014-La Libertad, 11169-2014-Lima, 8347-2014-Del Santa, 4336-2015-Ica, 21082-2017-Cajamarca, y, especialmente la Casación Laboral N° 12475-2014-Moquegua, que fue emitida como doctrina jurisprudencial obligatoria.

- Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041.
- Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado, señalados en la primera disposición complementaria final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.
- Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40 de la Constitución Política del Perú.
- Cuando la discusión esté centrada en la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales o civiles de un trabajador con vínculo laboral vigente¹³.

Por su parte, seguramente motivado por las precisiones realizadas por la CS, el TC realizó algunas suyas a su precedente Huatuco. Lo hizo básicamente a partir de la sentencia recaída en el expediente N° 06681 2013-PA/TC. Incluso, el mismo colegiado señala que:

"12 (...) si bien es cierto que una vez que este Tribunal ha emitido un precedente, como el contenido en la STC Exp. N.° 05057-2013-PA/TC, el mismo debe ser aplicado por los operadores del Derecho, también es verdad que en esa dinámica pueden generarse algunas confusiones al interpretar los alcances de dicho precedente. (...)

13 (...) este Tribunal considera conveniente explicitar cuáles son los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el precedente Huatuco", permiten la aplicación de la regla jurisprudencial allí contenida"

Dichas precisiones fueron los siguientes:

- El Precedente Huatuco solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera

13 Específicamente, este supuesto de inaplicación del precedente Huatuco, se contempla en la Casación Laboral N° 18032-2015-Callao.

administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública (por ejemplo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil).

- Hay servidores que no forman parte de ella de la carrera administrativa (como es el caso, por ejemplo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

Como se puede advertir, el TC no llega a contemplar en esta “aclaración”, todos los supuestos de inaplicación del precedente Huatuco esgrimidos por la CS, aunque algunos años después se ha referido, a otro de estos últimos. Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente N.º 02748-2021-PA/TC.

En dicho fallo, el TC analiza la situación laboral de una servidora que fue contratada por locación de servicios entre el 28 de enero y el 27 de agosto de 2020, que en realidad tenía un vínculo laboral, y cuyo cese se dio mientras estaba embarazada. Según los datos que presenta la sentencia, la demandante tenía 6 meses de gestación. El TC, advierte que no se ha acreditado de manera fehaciente que la demandante haya comunicado sobre su estado de gestación a su empleador antes del alegado despido, aunque, al mismo tiempo, considera que en la medida en que dicho estado era notorio, el cese de la actora califica como inconstitucional por haberse debido a su embarazo.

A continuación, este colegiado analiza si el precedente Huatuco es aplicable en este caso, dado que, en rigor, se cumple con los presupuestos exigidos por el mismo para que se deniegue una protección restitutoria (la actora no ingresó a laborar por concurso público a una plaza presupuesta y vacante), sin embargo, la incertidumbre viene planteada por el hecho de que la demandante se encontraba embarazada al momento de su cese. Ante ello, el TC plantea una salida “mixta” si se quiere utilizar un término que describa el sentido de su decisión. Y es que, en efecto, aplica “a medias” o “parcialmente” el referido precedente.

Específicamente, el TC indicó lo siguiente:

“14. El presente caso no es uno que trate de un supuesto puro de desnaturalización de contrato, el cual ha sido regulado por el “precedente Huatuco”. Adicionalmente, involucra una discriminación por razón de sexo de una trabajadora, despedida por su estado de gestación, el cual convierte al despido en

uno nulo. Este elemento adicional, por sí solo, hace que el citado precedente sea aplicado en forma parcial.

(...)

18 (...) la protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público deben ser priorizados, lo cual resulta incompatible con la prohibición expresa de ordenar la reposición cuando se comprueba que se ha recurrido a modalidades que vulneran los derechos fundamentales, como es el caso de una trabajadora embarazada que sin causa alguna es despedida o no se le renueva el contrato que ha sido desnaturalizado por haberse pactado bajo las leyes civiles, cuando en realidad el trabajo se prestaba en forma subordinada. A la vez, tampoco sería conforme al ordenamiento jurídico ordenar la reposición de esos trabajadores a plazo indefinido cuando no han accedido por concurso público a una plaza presupuesta y vacante, ya que se vulneraría tanto la meritocracia como la igualdad de oportunidades.

19. En consecuencia, a fin de tutelar tanto los derechos laborales de los trabajadores como los requisitos del acceso al empleo público a plazo indeterminado, este Tribunal Constitucional concluye que cuando se despide a una trabajadora cuyo contrato ha sido desnaturalizado y se comprueba que existe nulidad en el despido, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. En caso que la trabajadora no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá sin que tenga derecho al pago de indemnización."

Poco tiempo después, la CS analiza un supuesto parecido y llega a la misma conclusión que el TC. En efecto, mediante la Casación Laboral N.º 30535-2019-Lima. Incluso la CS indica que el fallo del colegiado constitucional "*solo sirve como una guía de orientación*". Lo curioso, es que la sentencia del TC podría considerarse como "esperable" debido a su enfoque más restrictivo, si se quiere, sobre la reposición de los servidores públicos, desde la emisión del mencionado precedente¹⁴. Sin embargo, de la CS, quizás, no necesariamente la expectativa era la misma, más aún si se antecedió al colegiado constitucional a excluir de este precedente, los supuestos de nulidad de despido.

14 Sin perjuicio de ello, corresponde destacar que en esta sentencia, el TC plantea dos enfoques tutelares destacables para la trabajadora embarazada, cuyo despido se debe a su estado. Estos son: i) la no necesidad de la notificación documental al empleador, sobre el estado de gestación; ii) el mandato de pago de remuneraciones devengadas en favor de la actora, lo cual, marca un "antes y un después" sobre el particular en la jurisprudencia del colegiado constitucional, dado que normalmente esta pretensión se reenviaba a la vía ordinaria para su dilucidación.

Otros servidores excluidos de los efectos del precedente Huatuco, y cuya vinculación contractual recientemente ha sido analizada por la CS, son los obreros municipales. Al respecto, cabe destacar, en primer lugar, que con la Casación Laboral N° 32846-2022-Huánuco, este colegiado ha inaugurado la aplicación del precedente judicial vinculante, en el marco de la aplicación del artículo 40 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). Por otro lado, con este precedente, la CS confirma una línea y tendencia que ya había construido a lo largo de su jurisprudencia y acuerdos jurisdiccionales, algo que, por el contrario, no ha sido característico en las sentencias del TC ni en la opinión de la Autoridad Nacional del Servicios Civil (SERVIR), sobre el particular.

En efecto, si retrocedemos algunos párrafos, recordaremos que la CS, desde las casaciones que plantearon algunos supuestos excluidos de la aplicación del precedente Huatuco, consideraba que a estos servidores, les correspondía ser contratados bajo las reglas del régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, en el referido II Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, los vocales supremos acordaron que el órgano competente para conocer las demandas planteadas por trabajadores obreros municipales, era el juez laboral en la vía del proceso ordinario o abreviado laboral según corresponda, atendiendo a las pretensiones que se planteen, pues de conformidad con el artículo 37 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, los obreros municipales se encuentran bajo el régimen laboral de la actividad privada y, como tales, no están obligados a agotar la vía administrativa para acudir al Poder Judicial.

Por su parte, el TC, mas bien, ha validado el CAS celebrado con personas que realizaron labores correspondientes a la de obreros municipales, luego de haberlas desarrollado bajo contratos civiles desnaturalizados. En estos casos, el colegiado sigue la lógica ya explicada anteriormente, es decir que la situación de fraude constituiría un período independiente del inicio de los contratos administrativos de servicios, lo cual es constitucional¹⁵. Incluso en algunas sentencias, el TC precisa que el artículo 37 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, no regula una prohibición de la contratación de obreros municipales en el régimen CAS¹⁶. Por su parte, ha declarado fundadas las demandas de reposición de otros obreros municipales que siempre fueron, indebidamente, locadores de

15 Por todas pueden verse las sentencias recaídas en los expedientes N° 05371-2011-PA/TC, 01148-2012-PA/TC, 01735-2012-PA/TC, 01735-2012-PA/TC, 02016-2012-PA/TC y 3029-2011-PA/TC.

16 Ver resoluciones recaídas en los expedientes N° 03531-2015-PA/TC y 03375-2019-PA/TC.

servicios¹⁷ o que luego de ser tales, formalmente, sí fueron contratados bajo el régimen laboral privado¹⁸.

SERVIR también ha tenido una posición pendulante en torno al régimen laboral que corresponde aplicar a estos servidores públicos. Así, en un primer momento, a través del Informe Legal N° 378-2011-SERVIR/GGOAJ, señaló que los obreros al servicio de los Gobiernos Locales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, no resultando conveniente su contratación bajo el régimen laboral especial del CAS, por cuanto ello implicaría desconocer la evolución que ha tenido la regulación normativa municipal sobre el régimen laboral de dichos servidores. Este criterio fue reiterado por lo menos en el Informe Legal N° 330-2012-SERVIR/GGOAJ y en el Informe Técnico N° 5182015-SERVIR/GPGSC. Sin embargo, posteriormente cambió de opinión al respecto, mediante su Informe Técnico N° 595-2015-SERVIR/GPGSC, posición confirmada mediante los Informes Técnicos N° y 1820-2016-SERVIR/GPGSC y 414-2019-SERVIR/GPGSC.

Habiendo realizado este repaso, básicamente jurisprudencial, podemos observar, como primera conclusión, que la tendencia normativa del empleo público, a lo disperso y caótico, se ha trasladado a la forma de solucionar los conflictos jurídicos sobre despidos inconstitucionales de los servidores del Estado. La falta de uniformidad y el carácter pendular de las decisiones jurisdiccionales sobre el particular, en especial del TC, es también, en buena cuenta, un reflejo del desorden y dispersión normativa que regula el empleo público.

Y al parecer, esta tendencia regulatoria no tiene visos de virar en sentido contrario. Ni siquiera los intentos normativos de establecer un exclusivo y único régimen de empleo público, vienen teniendo resultados relevantes habiendo transcurrido más de diez años desde la publicación de la Ley del Servicio Civil (Ley N° 30057). El escenario parece menos auspicioso aún si advertimos que el Estado sigue incrementando año a año la contratación de personal, mediante la modalidad de locación de servicios, la cual, en teoría, debería ser excepcional¹⁹.

17 Cfr. sentencias recaídas en los expedientes N.º 01941-2012-PA/TC, 08552-2013-PA/TC y 03993-2010-PA/TC.

18 Vid. resoluciones recaídas en el expediente N.º 00556-2018-PA/TC

19 Según SERVIR, y de acuerdo a información que arroja la planilla electrónica del año 2022, en promedio, se tuvieron 193,765 locadores de servicios registrados por las diversas entidades públicas en los tres niveles de gobierno. El crecimiento observado con respecto al año 2021 es del 22.8 % y 79.2% en relación al 2013. Cfr. SERVIR (2022, p. 24).

Como segunda cuestión a comentar, a modo de conclusión, es que claramente la jurisprudencia, judicial y constitucional, corrigió en un primer momento, una situación de descontrol y caos en la contratación de los servidores públicos, bajo modalidades que no se correspondían con el marco constitucional. Ello debió, y subrayamos esto, convertirse en un mensaje directo para el Estado a fin de corregir adecuadamente esta situación. Sin embargo, en nuestra consideración, este (y si se quiere ser más específico, el Poder Ejecutivo), desde su potestad normativa (en este caso delegada), en un supuesto afán de “mejorar” la situación de aquellos servidores, generó un régimen laboral, que si bien es cierto brindó una situación más favorable para dichos servidores, también remarcó, nuevamente, una desigualdad de trato injustificada. Esto se afianzó, posteriormente, cuando el mismo Estado, pero ya no desde su potestad normativa, si no desde la jurisdiccional constitucional, retrocedió en su postura inicial de tutela de los derechos constitucionales de los servidores públicos, al validar la constitucionalidad del CAS y al emitir, años después, el precedente Huatuco.

Como tercera conclusión, queremos precisar, en primer término, que nuestra postura no es contraria a aquellas bases constitucionales que fundamentan el acceso al empleo público, involucrando el principio de mérito y la igualdad ante la ley, fundamentos principales para que el TC haya sustentado el precedente Huatuco. Sin embargo, creemos también que, en realidad, quien es el principal obligado a cumplir con estos postulados constitucionales, es el Estado, por lo que, trasladar los efectos más nocivos de la vulneración de estos mandatos que regulan acceso al empleo público, a los servidores, resulta no solo contradictorio, sino también irónico. Sin perjuicio de lo indicado, cabe destacar que la CS, oportuna y acertadamente, precisó los alcances de la aplicación de este precedente.

Es cierto que en el mismo precedente, el colegiado constitucional enfatiza en la determinación de las responsabilidades administrativas de aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública; no obstante, no tenemos conocimiento si esta identificación de responsabilidades se ha venido dando. Sería interesante contar con información al respecto, a fin de verificar si realmente esta exhortación del TC, ha venido teniendo acogida y ha significado una preocupación real del Estado para evitar incurrir en incumplimientos de sus propias reglas de contratación laboral.

Por último, solo una idea adicional que gira en torno a la lógica que sustenta el precedente Huatuco y a la Ley del Servicio Civil, e inclusive a todas las normas previas a esta, que regulan el acceso a la función pública: ciertamente, hay una intención de evitar que el Estado esté plagado de servidores que solo ingresan a laborar como consecuencia del clientelismo político, lo cual además agudiza la precariedad del empleo público²⁰. Coincidimos con Miranda (2013, p. 46), cuando explica que tanto la mencionada norma, como sus antecesoras, establecen todo un ámbito de reglas para no reincidir en esta práctica; sin embargo, ello pareciera no ser suficiente, dado que urge un pacto político por la institucionalización del empleo público, cuerpos burocráticos estables, especializados y legitimados; así como un sistema institucionalizado de gestión de personal y de recursos humanos enfocado en proteger el acceso mediante concurso público. Solo nos queda esperar que ello suceda. Sería óptimo que sea por lo menos en el mediano plazo, y mejor aún, si se da la posibilidad, estar en condiciones de aportar en procura de dicho objetivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Neves, Javier (2009). “Principales objeciones al contrato administrativo de servicios”. En: *Laborem 9*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Balbín, Edgardo (2009). “Análisis preliminar del Contrato Administrativo de Servicios”. En: *Laborem 9*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Mujica, Javier (2015). *¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?* Lima: Ius360. Recuperado de: <http://ius360.com/publico/constitucional/se-debe-desacatar-elprecedente-huatuco/>
- Enfoque Derecho (2015, 9 de junio). El precedente vinculante en el caso Huatuco: Entrevista a César Landa. Recuperado de: <https://enfoquederecho.com/el-precedente-vinculante-en-el-caso-huatuco-entrevista-a-cesar-landa/>

20 Al respecto, Canessa (2022, p. 26), luego de un estudio realizado a partir de data estadística sobre el empleo público, correspondiente al periodo 2013-2020, nos explica que: “*En los últimos años, asistimos a una precarización del empleo público peruano, por la permisibilidad de los regímenes laborales que le permiten al Estado —en sus tres niveles de gobierno— la contratación de personal temporal (los contratos administrativos de servicios) o por locación de servicios (contratos civiles), sin que exista una causalidad entre la prestación del servicio y el tipo de contratación. A la vez, se produce el deterioro de la carrera administrativa no solo por la disminución de su personal, sino también porque el régimen de servicio civil que tiene por finalidad su unificación, ni se cumplen sus plazos de integración ni existe la voluntad política al interior del Estado para ejecutarla*”

Autoridad Nacional del Servicio Civil (2023). *Características del Servicio Civil Peruano – 2022*.

Miranda, Guillermo (2013). “Discusión en torno a la Ley del Servicio Civil”. En: *Ius et veritas*, 23 (46),

Canessa, Miguel (2022). “La precariedad del empleo público peruano en la contratación”. En: *Derecho & Sociedad*, 58.