



FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**LA DECONSTRUCCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO
MEDIANTE RESOLUCIONES JUDICIALES
CONSECUENCIAS DE LA INAPLICACIÓN DEL
RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE
SERVICIOS EN EL CASO DE LOS OBREROS**

MUNICIPALES

VERITAS

PRESENTADO POR

VANIA CAROLINA MEMENZA CORAL

ASESOR

CARLOS HUMBERTO JIMENEZ SILVA

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN
DERECHO DEL TRABAJO**

LIMA – PERÚ

2022



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA DECONSTRUCCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO MEDIANTE RESOLUCIONES
JUDICIALES: CONSECUENCIAS DE LA INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS EN EL CASO DE LOS
OBREROS MUNICIPALES**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO DEL
TRABAJO**

PRESENTADO POR:

VANIA CAROLINA MEMENZA CORAL

ASESOR:

MG. CARLOS HUMBERTO JIMENEZ SILVA

LIMA, PERÚ

2022

DEDICATORIA

A Arminda y Canito, que en la distancia eterna iluminan mi camino con su luz. A ellos les debo todo, incluso haber logrado este trabajo de investigación que hoy les dedico.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por guiar e iluminar mi camino. A mis padres, que me inspiraron, con su ejemplo, a seguir esta noble profesión. A mi familia, por acompañarme y celebrar mis logros como suyos. A mi Universidad de San Martín de Porres, por hacerme sentir como en casa.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN	VII
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO	1
1.1 Antecedentes de la investigación.....	1
1.2 Bases teóricas.....	4
CAPÍTULO II EL EMPLEO PÚBLICO EN EL PERÚ.....	17
2.1 Consideraciones generales sobre el Estado y la administración pública	17
2.2 Aspectos generales del empleo público peruano.....	19
2.3 Principios que rigen el empleo público.....	27
2.4 La prestación de servicios en el Estado: alcances sobre la función pública	32
2.5 El empleo público y sus regímenes laborales en el tiempo.....	34
CAPÍTULO III PRINCIPIOS EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO	45
3.1 Estado de Derecho: concepto, valores, principios y fines constitucionales.....	45
3.2 Los derechos y principios fundamentales en la Constitución Política	52
3.3 El principio de equilibrio presupuestal y su relación con los derechos sociales y económicos.....	56
3.4 El principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos sociales y económicos.....	63
3.5 Límites a la progresividad y criterios de justificación de medidas regresivas...	68
CAPÍTULO IV LOS GOBIERNOS LOCALES COMO ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	79
4.1 Competencias y funciones de los gobiernos locales.....	79
4.2 La prestación de servicios públicos municipales.....	86
4.3 Eficacia y eficiencia como principios de la gestión municipal.....	93
4.4 Regímenes laborales aplicables a los servidores municipales	98

4.5 Los obreros municipales y su rol en la gestión municipal	106
CAPÍTULO V ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONTRATACIÓN DE LOS OBREROS MUNICIPALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS	114
5.1 Constitucionalidad del régimen de Contratación Administrativa de Servicios: sentencia emitida en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC.	114
5.2 Inconstitucionalidad de la Ley N° 31131 e intento de erradicación del régimen de Contratación Administrativa de Servicios: sentencia emitida en el Expediente N° 00013-2021-PI/TC.....	128
5.3 Posición del Tribunal Constitucional sobre la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios.	135
5.4 Opinión técnica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil sobre la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios	137
5.5 Análisis de las resoluciones de la justicia ordinaria laboral en torno a la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios.	143
CONCLUSIONES.....	182
RECOMENDACIONES	186
FUENTES DE LA INFORMACIÓN	188

RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo determinar las consecuencias de la inaplicación, mediante resoluciones judiciales, del régimen laboral de contratación administrativa de servicios en la contratación de los obreros municipales, a partir de la lectura lógica, histórica y sistemática de las normas y principios que regulan el empleo público en el marco del Estado social y democrático de derecho, así como del estudio de la prestación de los servicios públicos municipales para la satisfacción de la ciudadanía y su relación inmediata con los recursos humanos y económicos en el ámbito de la gestión municipal.

Actualmente existe discrepancia sobre la materia en los pronunciamientos de la justicia constitucional y la justicia ordinaria laboral, toda vez que el Tribunal Constitucional ha resuelto que los obreros municipales pueden ser contratados en el régimen especial de contratación administrativa de servicios, mientras que, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que en ningún caso los obreros pueden ser contratados en el referido régimen, pues solo les correspondería ser vinculados bajo el régimen de la actividad privada de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades.

El régimen de contratación administrativa de servicios constituye un eje importante en la reforma del empleo público y su aplicación en el caso de los obreros municipales se encuentra amparada en el marco normativo laboral vigente, lo que permite garantizar la vigencia de los principios de eficacia y eficiencia en la gestión municipal, así como la coexistencia de los principios laborales y otros principios inherentes al empleo público.

Palabras clave: empleo público, contratación administrativa de servicios, fines constitucionales, gestión municipal, obrero municipal

ABSTRACT

The objective of this thesis is to determine through judicial resolutions, the consequences of the non-application of the administrative hiring of services employment regime, in the hiring of municipal workers, based on the logical, historical and systematic reading of the norms and principles that regulate public employment within the framework of the social and democratic State of law, as well as the study of the delivery of municipal public services to attain citizens satisfaction and their immediate relationship with human and economic resources in the field of municipal management.

Currently there is discrepancy on the subject in the declarations of the constitutional justice and the ordinary labor justice, since the Constitutional Court ruled that municipal workers can be hired under the special regime called administrative hiring of services, while the Supreme Court of Justice of the Republic indicated that in no case can workers be contracted under the referred regime, since in accordance with the Organic Law of Municipalities they would only be entitled to be hired under the regime called private activity.

The administrative hiring of services employment regime constitutes an important axis in the reform of public employment and its application in the case of municipal workers is protected by the current labor regulatory framework, this ensures the validity of the municipal management effectiveness and efficiency principles, as well as the coexistence of labor principles and other principles inherent to public employment.

Keywords: public employment, administrative hiring of services, constitutional purposes, municipal management, municipal worker

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación describe un aspecto singular de la realidad en el ámbito de la contratación de los obreros municipales pues, desde la última reforma sustancial a la Ley Orgánica de Municipalidades contenida actualmente en la Ley N° 27972, publicada el 27 de mayo de 2003, los regímenes laborales atribuidos expresamente a los servidores públicos de las Municipalidades son dos: el régimen laboral público, regulado mediante Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, para el caso de los funcionarios y empleados, y el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Fomento del Empleo, para los obreros municipales.

Esta situación jurídica aplicable a los obreros municipales se ha mantenido vigente desde la modificatoria introducida por la Ley N° 27469, publicada el 1 de junio de 2001, mediante la cual se varió el régimen laboral de los obreros municipales que primigeniamente se encontraban sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública, de conformidad con el artículo 52 de la primera Ley Orgánica de Municipalidades contenida en la Ley N° 23853, publicada el 9 de junio de 1984.

De las normas antes citadas se observa que, si bien en un primer momento los obreros de las municipalidades eran considerados como servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad pública, con posterioridad a ello y hasta la actualidad son considerados servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Desde la publicación de la Ley Orgánica de Municipalidades vigente, se ha producido una serie de sucesiones normativas en el marco de los regímenes laborales aplicables al empleo público, siendo materia de la presente investigación el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, publicado el 28 de junio de 2008 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM y modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.

Esta norma significó un cambio importante en el empleo público, pues incorporó un régimen laboral especial y transitorio para regular las relaciones laborales entre los servidores públicos y el Estado, extendiendo su ámbito de aplicación a todas las entidades públicas sujetas al Decreto Legislativo N° 276, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales, así como también a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada regulado mediante Decreto Legislativo N° 728, con excepción de las empresas del Estado.

Respecto del referido ámbito de aplicación, resulta relevante puntualizar que, como parte del conjunto de entidades de la administración pública se encuentran los gobiernos locales y sus municipalidades, de acuerdo con el numeral 4 del Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En ese sentido, con el régimen laboral de contratación administrativa de servicios se contempló la posibilidad de que los gobiernos locales utilicen dicha contratación tanto para el personal sujeto inicialmente bajo el régimen laboral público cuanto para aquel sujeto al régimen laboral privado o, dicho de otro modo, para sus funcionarios, empleados y obreros.

Si bien la posibilidad de contratar en el régimen de contratación administrativa de servicios se ha venido materializando en masivas contrataciones de personal realizadas por los gobiernos locales, amparadas en el ámbito objetivo de la referida norma, así como en los diversos pronunciamientos de la Autoridad Nacional del Servicio Civil y del Tribunal Constitucional; en la actualidad estas contrataciones vienen siendo desconocidas mediante resoluciones judiciales expedidas por la justicia ordinaria laboral, en cuyos fallos se rechaza rotundamente la posibilidad de que los obreros municipales sean contratados en el régimen de contratación administrativa de servicios.

En consecuencia, existe una línea uniforme de pronunciamientos a nivel de la justicia ordinaria laboral, que establece que los obreros solo podrían vincularse con las municipalidades bajo el régimen laboral de la actividad privada, partiendo de una

interpretación literal de la Ley Orgánica de Municipalidades y del supuesto conflicto normativo que existiría entre dicha norma y el decreto legislativo que regula el régimen de contratación administrativa de servicios, además de una lectura incorrecta de los principios laborales reconocidos en la Constitución.

De este modo, se evidencia la controversia existente en la definición del marco legal de la contratación de los obreros que prestan servicios en las municipalidades, pues existe una norma especial -la Ley Orgánica de Municipalidades- que les atribuye el régimen laboral de la actividad privada y, al mismo tiempo, el Decreto Legislativo N° 1057 que habilita su contratación en el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Es importante precisar que es el Estado, materializado en su administración pública y entidades que la conforman, quien concretiza las relaciones contractuales laborales con sus servidores públicos, estableciendo el régimen laboral al que pertenecen. Dentro de ese marco, en la evolución del empleo público, se ha convenido que la denominación conferida a aquella persona que pone a disposición su fuerza de trabajo para prestar servicios a nombre del Estado es la de “servidor público” sin hacer distinción alguna en cuanto a régimen laboral o categoría que pueda ostentarse dentro de la entidad a la que pertenece.

Por regla general, las relaciones laborales en el Estado deben regularse en regímenes de la actividad pública compatibles con el marco normativo previsto en la Constitución Política vigente; esto, claro está, sin desconocer que, por excepción, pueda contratarse bajo el régimen privado cuando exista una disposición legal expresa que habilite tal contratación o, en su defecto, cuando no exista ninguna limitación normativa respecto a las medidas en materia de ingreso de personal en el sector público.

En los pronunciamientos de la justicia ordinaria laboral no se tiene en cuenta que el régimen de contratación administrativa de servicios es un régimen de transición incorporado en las normas laborales de derecho público con miras a la unificación de

los regímenes laborales existentes en el sector público a concretarse con la implementación de la Ley del Servicio Civil.

Esta controversia entre regímenes laborales no se ha suscitado exclusivamente a nivel de gobiernos locales, sino en diversas entidades de la administración pública cuyas normas de creación han atribuido a su personal el régimen de la actividad pública o privada, sin que esto haya significado para dichas entidades alguna limitación para contratar en el régimen de contratación administrativa de servicios luego de su entrada en vigencia.

Resulta incuestionable que la Ley Orgánica de Municipalidades no podría contemplar expresamente la posibilidad de efectuar la contratación de los servidores municipales en un régimen inexistente a la fecha de su promulgación, como es el caso del régimen de contratación administrativa de servicios; no obstante, esto no significa una limitación normativa para emplear este último régimen especial, sobre todo si su ámbito objetivo se extiende a los gobiernos locales y no existe una prohibición normativa expresa al respecto.

El Tribunal Constitucional ha respaldado esta posición en la sentencia del Expediente N° 03531-2015-PA/TC, en la cual sucintamente ha señalado que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades no regula una prohibición de la contratación de los obreros municipales en el régimen especial de contratación administrativa de servicios, cuya constitucionalidad ha sido reconocida también por ese mismo Tribunal.

Asimismo, la Autoridad Nacional de Servicio Civil ha emitido el Informe Técnico N° 414-2019-SERVIR/GPGSC, en el que concluye que resulta factible la contratación de obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios, pues este se encuentra permitido en todos los niveles del sector público, conforme así lo establece el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057.

En razón de lo expresado, existe una manifiesta contraposición entre lo resuelto por el Tribunal Constitucional y la Autoridad Nacional del Servicio Civil, y lo resuelto por la justicia ordinaria laboral, en torno a la contratación de los obreros municipales en el régimen especial de contratación administrativa de servicios, lo que ha devenido en un desmedido interés del personal obrero al servicio de las Municipalidades para cuestionar en sede judicial su contratación en este régimen especial y solicitar su incorporación en el régimen laboral de la actividad privada bajo un contrato a tiempo indeterminado.

Los pronunciamientos contenidos en las resoluciones judiciales de la justicia ordinaria laboral generan una deconstrucción del empleo público, pues se continúa constriñendo a los gobiernos locales a incorporar personal contratado inicialmente en el régimen de contratación administrativa de servicios, en plazas no presupuestadas del régimen laboral de la actividad privada, lo que conlleva a superar la capacidad logística, económica y presupuestal de las Municipalidades a nivel nacional.

Resulta importante delimitar la diferenciación en el tratamiento de las reglas aplicables a las relaciones laborales en el sector público, en el entendido que estas no se sujetan exclusivamente a principios y normas de carácter laboral, sino también a normas administrativas y principios propios del modelo de Estado social y democrático de derecho contemplado en la Constitución vigente.

De esta manera, en las relaciones laborales del sector público deben coexistir, por un lado, los derechos laborales y, por el otro, un conjunto de disposiciones jurídicas adicionales que articulan el vínculo laboral entre el Estado y el servidor público, en aras de garantizarse los mayores niveles de eficacia y eficiencia en la prestación del servicio, de acuerdo con los fines establecidos en la propia Constitución.

Es por ello que los regímenes laborales en el empleo público se encuentran asociados con las normas presupuestales y la satisfacción de los servidores públicos, lo que determina a su vez que el Estado deba velar por el interés general con los recursos

disponibles, siendo esa la razón por la cual la creación de regímenes laborales de aplicación exclusiva para el Estado como el régimen de contratación administrativa de servicios resulta congruente con los fines y objetivos de éste.

En definitiva, aun cuando se haya atribuido dos regímenes laborales aplicables al personal que presta servicios en las Municipalidades, no debe perderse de vista que más allá de su categoría (funcionarios, empleados u obreros), su condición de servidores públicos los coloca en la posición de ser regidos bajo las reglas y normas propias del Estado, cuya actuación se encuentra ajustada a la observancia estricta de la normatividad laboral que la rige y a una serie de principios del modelo constitucional vigente, el cual si bien insta a procurar el pleno goce de los derechos fundamentales como el trabajo, no implica dejar de observar otros fines igualmente relevantes orientados a la eficacia y eficiencia de la administración pública en general y de los gobiernos locales en particular.

Se identifica determinadas situaciones problemáticas en la situación descrita, tales como: ¿En qué sentido la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios en la contratación de los obreros municipales, mediante resoluciones judiciales, atenta contra la reforma del empleo público?; ¿De qué forma el régimen de contratación administrativa de servicios en la contratación de los obreros municipales se orienta a garantizar la eficacia y eficiencia de los gobiernos locales con respecto de la ciudadanía como destinataria de los servicios públicos que ofrece?; y ¿Cuál es la incidencia de las resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada que disponen la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios en la contratación de los obreros municipales y su incorporación en el régimen de la actividad privada, en el presupuesto municipal?

La investigadora disiente de los fundamentos contenidos en las resoluciones de la justicia ordinaria laboral respecto de la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales y, a partir de su análisis, considera que la inaplicación de este

régimen laboral genera una serie de consecuencias en el ámbito de la reforma del empleo público, de la gestión municipal y del principio de equilibrio presupuestal.

La presente tesis se basa en una investigación sobre interpretación jurídica, orientada a establecer las consecuencias de la inaplicación, mediante resoluciones judiciales, del régimen de contratación administrativa de servicios en el caso de los obreros municipales, a partir del estudio de los modelos y teorías que explican el rol del Estado como empleador y la reforma del empleo público, así como del análisis de los conceptos de eficacia y eficiencia en el marco de la gestión municipal, y finalmente, en el examen de los principios laborales y el modelo de Estado social y democrático de derecho reconocido en la Constitución vigente.

Es así que, la investigación ha permitido determinar, no solo que es posible contratar a los obreros municipales bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, sino también la relevancia que esta contratación representa en la reforma del empleo público, considerando que este régimen de transición hacia la Ley del Servicio Civil busca poner fin al caos en el empleo público generado por la convergencia de diversos regímenes en el Estado.

Dentro de este marco, los fundamentos expresados en las resoluciones de la justicia ordinaria laboral no pueden ser admitidos como válidos, por cuanto la contratación en este régimen laboral no constituye una transgresión al orden público sino que se basa en una habilitación normativa vigente para la contratación en los gobiernos locales; asimismo, no colisiona, modifica ni altera la vigencia de la Ley Orgánica de Municipalidades, pues ambas normas regulan materias distintas conforme al texto constitucional, y, finalmente, tampoco transgrede ningún principio laboral, al haber sido calificado este régimen especial como constitucional.

El nivel de la investigación es descriptivo - correlacional, pues se basa en la descripción de las variables propuestas y el análisis de su interrelación en un momento determinado. El método utilizado ha sido el método de investigación dogmática, ya que

se ha realizado el estudio de las normas y principios jurídicos vigentes que intervienen en el análisis de la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales, con la finalidad que profundizar sobre la materia. Se ha respetado asimismo los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la investigación.

La presente investigación se encuentra desarrollada en cinco capítulos, con la finalidad de arribar a las conclusiones que han tratado sobre la hipótesis planteada.

En el primer capítulo se aborda los antecedentes de la investigación, que comprende la revisión de algunas tesis de grado que desarrollan aspectos contrapuestos a las conclusiones del presente trabajo, lo cual permite coadyuvar con la identificación de las consecuencias de la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios en el caso de los obreros municipales. Al respecto, debe precisarse que, ni en el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación, denominado ALICIA del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica – CONCYTEC, ni en los repositorios académicos de distintas universidades públicas y privadas, se ha encontrado algún trabajo adicional que aborde el tema de fondo ni total ni parcialmente. Finalmente, en este capítulo se desarrolla las bases teóricas que constituyen el pilar estructural del presente trabajo.

En el segundo capítulo se analiza el empleo público en el Perú, partiendo de nociones abstractas como el Estado y la administración pública, a partir de las cuales se define el empleo público como las relaciones laborales que vinculan al conjunto de servidores con el Estado en su condición de empleador, estableciéndose que por la especial naturaleza que involucra la prestación personal de servicios en el Estado, también denominada función pública, esta ha de ser regulada en base a la coexistencia de los derechos laborales y los principios inherentes al empleo público que se han venido perfilando con las diversas reformas introducidas y los regímenes laborales existentes en el tiempo.

En el tercer capítulo se desarrolla aspectos asociados al Estado social y democrático de derecho así como los valores, principios y fines constitucionales alineados a dicho modelo constitucional, destacando para efectos de esta investigación, por un lado, el principio de equilibrio presupuestal, cuya inobservancia genera un impacto en los derechos fundamentales cuya eficacia, en gran medida, depende de los recursos económicos disponibles del Estado; y por otro lado, el principio de progresividad de los derechos sociales, que delinea los esfuerzos del Estado por garantizar la mejora en el tiempo de los derechos sociales, sin admitir, salvo circunstancias muy excepcionales, la limitación o regresión de los mismos. Para estos efectos, se analiza el principio de proporcionalidad que cumple un rol importante en la adopción de medidas regresivas, cautelando que se encuentra legitimada por la coyuntura, en la satisfacción del interés general y la vigencia efectiva de otro derecho fundamental.

Posteriormente, en el cuarto capítulo se describe a los gobiernos locales como entidades de la administración pública, a los que se le ha atribuido competencias y funciones específicas a nivel de la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades, con la finalidad de liderar el desarrollo de la jurisdicción bajo su ámbito y la satisfacción de su población objetiva a través de la adecuada prestación de servicios públicos. En atención a ello, se desarrolla los principios que orientan la ejecución de los servicios públicos municipales como la eficacia y eficiencia que son esenciales en el desarrollo de la gestión municipal. Asimismo, se desarrolla normativamente los regímenes laborales aplicables a los servidores públicos municipales y; finalmente, se establece los criterios relevantes para calificar a un servidor público como obrero municipal, a efectos de posicionarlo dentro de la gestión municipal, concluyendo que su rol se encuentra asociado a la prestación de los servicios públicos municipales.

Finalmente, en el quinto capítulo se desarrolla la problemática principal de la presente tesis que versa sobre las resoluciones de la justicia ordinaria laboral en contraposición con las sentencias del Tribunal Constitucional y los pronunciamientos de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, para lo cual se parte por analizar la constitucionalidad del régimen de contratación administrativa de servicios reconocida por el Tribunal

Constitucional, así como la necesidad de su permanencia en el marco de la reforma del empleo público, para posteriormente discutir los fundamentos contenidos en las citadas resoluciones a efectos de concluir la posibilidad de contratar válidamente a los obreros municipales bajo el régimen de contratación administrativa de servicios.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

En cuanto a investigaciones relacionadas con este tema, luego de revisar el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación, denominado ALICIA del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica – CONCYTEC, así como los repositorios académicos de distintas universidades públicas y privadas, no se ha encontrado ninguna que aborde el tema de fondo ni total ni parcialmente; por el contrario, solo se ha identificado como antecedentes algunas tesis de pregrado que desarrollan cuestiones contrapuestas y que permiten coadyuvar con la identificación de las consecuencias de la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios en el caso de los obreros municipales, así como una tesis de postgrado sobre el empleo público, tal como se desarrolla a continuación:

CARMEN LISETH RODRIGUEZ ESQUIVEL (2021): “Consecuencias jurídicas y presupuestales en la Municipalidad Provincial de Cajamarca por no contratar obreros municipales bajo el régimen de la actividad privada, durante los años 2014 – 2016”. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada, Lima, Universidad Privada del Norte.

En la citada tesis, la autora determinó que “el hecho de no contratar (obrerros) conforme a lo establecido por la normativa laboral implica la desnaturalización de contrato o lo que en materia laboral denomina la simulación relativa del contrato en el marco del principio de primacía de la realidad”. Para la citada autora, “dicha situación queda evidenciada con los procesos judiciales que los trabajadores de la Municipalidad Provincial de Cajamarca han interpuesto en contra de la citada entidad edil para el reconocimiento de sus derechos laborales, llegando a medidas ejecutivas de embargos en forma de intervención en recaudación afectando los Recursos Directamente Recaudados”.

En esta investigación se evidencia la afectación de los recursos presupuestales de las municipalidades, como consecuencia de la inaplicación, mediante resoluciones judiciales, del régimen de contratación administrativa de servicios en el caso los obreros municipales.

CANORIO AYLAS, STEFANY LIZBET Y UNCHUPAICO ALVA, RAISA (2020): “Decreto de urgencia N° 016-2020 y vulneración de los derechos constitucionales de los obreros municipales, enero-noviembre 2020”. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada, Lima, Universidad César Vallejo.

Como resultado de su investigación, las autoras concluyeron que “el Decreto de Urgencia N° 016-2020 vulnera el principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa de los obreros municipales, ya que su contenido contraviene esencialmente la Ley N° 27972 y la Constitución Política, de ahí que carecería de fuerza normativa”.

En esa línea, recomendaron fortalecer a la autoridad inspectiva de trabajo para sancionar el incumplimiento del artículo 37 de la citada ley, pues a su consideración los obreros municipales solo deben ser contratados bajo el régimen laboral de la actividad privada. Asimismo, recomendaron al Poder Judicial que, “al momento de emitir resoluciones se reafirme el respeto y aplicación de la Constitución vigente, principalmente en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con las debidas garantías de un debido proceso que tienen todas las personas, en particular, los trabajadores como en el caso de los obreros municipales”.

En este trabajo de investigación se evidencia la posición referida al aparente conflicto de jerarquía normativa que existiría entre la Ley Orgánica de Municipalidades y el Decreto Legislativo que regula el régimen de contratación administrativa de servicios, lo que forma parte de la motivación de las resoluciones judiciales mediante las que actualmente se resuelve inaplicar este régimen especial en la contratación de los obreros municipales.

MORALES BARRERA JENNY JULIA (2017): “Situación jurídica de los obreros con relación a sus derechos laborales en el contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Metropolitana de Lima”. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada, Lima, Universidad César Vallejo.

En líneas generales, la autora concluye que “la contratación de obreros municipales bajo el régimen de contratación administrativa de servicios afecta sus derechos y beneficios laborales tales como la estabilidad laboral, la compensación por tiempo de servicios y el pago por horas extras, en contraposición a lo que ocurriría si fueran contratados en el régimen de la actividad privada del Decreto Legislativo N° 728 “Ley de Productividad y Competitividad”, así como lo indica la Ley Orgánica de las Municipalidades N° 27972”.

Con dicho trabajo, se expone la afectación del equilibrio presupuestal proveniente de las resoluciones judiciales que ordenan el pago de beneficios sociales de un régimen no presupuestado por las Municipalidades en el ámbito de la contratación de los obreros municipales.

HARO VARGAS, CARLOS ENRIQUE (2016): “La relación Estado empleador – servidores públicos y el derecho a la negociación colectiva en la Administración Pública”. Trabajo de Investigación para optar por el Grado de Maestro en Derecho Empresarial, Lima, Universidad de Lima.

En palabras del autor “el marco teórico que explica la relación entre el Estado Empleador y los servidores públicos son dos: la teoría estatutaria, donde hay predominio del Estado y en la que el servidor solamente tiene que subordinarse y aceptar las condiciones que este establece, y la teoría contractualista (laboral), cuya relación reconoce que los servidores públicos también son trabajadores y por lo tanto se le reconocen todos los derechos laborales y la posibilidad de negociar cuestiones remunerativas y económicas”.

Como resultado, el autor afirma que “los fundamentos presupuestales que justificarían la afectación de derechos fundamentales de los servidores públicos se encuentran regulados en los artículos 77 y 78 de la Constitución Política, en lo relacionado con la provisión presupuestaria”.

En base a dicho trabajo de investigación, se reafirma la especial naturaleza de las relaciones laborales que configuran el empleo público y la necesidad de garantizar su coexistencia con los principios reconocidos en la Constitución.

1.2 Bases teóricas

1.2.1 Constitución Política del Perú – 1993

El artículo 39 de la Constitución Política del Perú dispone: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)”.

Dentro de ese marco, resulta claro que la prestación de servicios en el Estado a cargo de sus servidores públicos -entre ellos, los que prestan servicios en las Municipalidades-, está orientada a la satisfacción del interés general y no individual. De ahí que las reformas en el empleo público tienen como norte principal la mejora de los servicios que brinda la administración pública al ciudadano como consecuencia indirecta de la mejora de las condiciones laborales de los servidores públicos mediante la unificación de regímenes.

En lo que se refiere al equilibrio presupuestal, el artículo 77 de la Carta Política señala: “La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. (...) El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización (...)”. Por su parte, el artículo 78 establece: “El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado”.

Tomando como referencia este marco constitucional, queda en evidencia que el principio de equilibrio presupuestal se encuentra positivizado en la cúspide normativa nacional, siendo trascendental garantizar su estricta prevalencia en coexistencia con otras disposiciones normativas vigentes.

Finalmente, el artículo 195 del mismo cuerpo normativo, señala: “Los Gobiernos Locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”.

En atención a esto último, resulta relevante cautelar la gestión pública municipal pues su competencia principal es garantizar la prestación de servicios públicos que tiene como destinatario inmediato al ciudadano de cada jurisdicción.

1.2.2 Estado social y democrático de derecho

En el presente trabajo se tratará sobre la afectación del empleo público como consecuencia inmediata de la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios en la contratación de los obreros municipales, lo cual implica analizar en primer lugar la naturaleza de una relación laboral en la que el Estado (gobierno local) interviene como empleador; en tal sentido, al ser también el Estado el garante de los derechos contemplados en el ordenamiento jurídico vigente, resulta importante definir los alcances del modelo de Estado social y democrático de derecho contemplado en la Constitución vigente, a fin de demostrar la contraposición entre la gestión de recursos humanos liderada por el Poder Ejecutivo y la deconstrucción del empleo público mediante resoluciones judiciales.

En primer término, corresponde remitirnos al artículo 43 de la Constitución, el cual dispone en su primer párrafo que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.” Para el profesor César Landa (2014), estas características

no son meras enunciaciones desprovistas de contenido, sino que vinculan jurídicamente al Estado y a la comunidad (p. 220).

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente. Nº 0008-2003-AI/TC, ha señalado lo siguiente:

“El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (...), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado que: “(...) la configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social”.

Sobre las limitaciones de la actuación estatal, el citado Tribunal Constitucional al emitir sentencia en los Expedientes Nº 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (Caso Ley del Presupuesto Público), ha señalado lo siguiente: “(...) aunque el modelo de Estado social debe procurar el goce pleno de los derechos de las personas

(...) ello no significa que el Estado tenga que asumir una deuda pública desproporcionada en aras de atender estas necesidades legítimas de los empleados públicos, pero que deben ponderarse con otros fines igualmente relevantes”.

1.2.3 Principio de progresividad en materia laboral

Considerando que la presente investigación versa sobre las consecuencias emanadas de resoluciones judiciales que disponen la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios en la contratación de obreros municipales, resulta relevante determinar el contenido del principio de progresividad, pues este ha sido el principal baluarte para sustentar dichos fallos, por lo que debe conocerse sus alcances y limitaciones en el marco del ordenamiento vigente. En tal sentido, tenemos que el principio de progresividad se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se señala que:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

En la misma línea, en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se señala:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios

apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El profesor Omar Toledo (2010) establece que “el principio de progresividad tiene una doble dimensión: Una de naturaleza positiva, lo cual “está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales” y otra de tipo negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”.

En opinión del autor antes citado, “la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al trabajador, constituiría la afectación de este principio, pues se estaría afectando derechos fundamentales”.

Sin embargo, sobre la aplicación de este principio, el Tribunal Constitucional en el fundamento 45 de la sentencia del Expediente N° 0020-2012-PI/TC, ha señalado lo siguiente:

“Este principio supone que las medidas que debe adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de dichos derechos no pueden ser “regresivas”, esto es, no pueden ser medidas que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial que la que se encuentre efectivamente establecida. Sin embargo, este principio tampoco supone la absoluta imposibilidad de limitar los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen”

1.2.4 El trabajo como actividad humana

Para desarrollar la presente investigación resulta indispensable establecer como punto de partida la definición del trabajo como actividad humana y su regulación en tratados internacionales y en nuestra Constitución Política vigente, a efectos de sentar las bases de su posible afectación como derecho en la contratación de los obreros municipales en un régimen como el de contratación administrativa de servicios con beneficios sociales sustancialmente reducidos en comparación con el régimen de la actividad privada.

Para Guillermo Cabanellas (1968) el trabajo es:

“El esfuerzo humano, sea físico, intelectual o mixto, aplicado a la producción u obtención de la riqueza. También toda actividad susceptible de valoración económica, por la tarea, el tiempo o el rendimiento”.

Por su parte, Juan Pablo II (1993), en la Encíclica *Laborem Exercens*, afirma que el trabajo constituye:

“Todo tipo de acción realizada por el hombre, independientemente de sus características o circunstancias, significa toda actividad humana que se puede o se debe reconocer como trabajo entre las múltiples actividades de las que el hombre es capaz y a las que está predispuesto por la naturaleza misma, en virtud de su humanidad”.

Para Alonso Olea (1981) la característica esencial del trabajo, reside en que el hombre que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad próxima la obtención, a través de este, de los medios materiales, de los medios económicos, que necesita para subsistir.

Autores contemporáneos (Valderrama Luis, Navarrete Alejandro, Díaz Keny... [et al.], 2016) sostienen que:

“(...) el trabajo es la actividad consciente (no instintiva, ni automática) que implica la realización de un esfuerzo físico y/o intelectual (gasto de energía y tiempo) con una finalidad productiva. Para los autores citados, el trabajo puede ser entendido desde diversos puntos de vista. Es desarrollado por el hombre para satisfacer distintos intereses que desbordan lo fisiológico (subsistencia), pues existen una gama de fines que se desea satisfacer (culturales, educativos, familiares, sociales) y que le otorgan significado a su vida. Además, por el trabajo se transforma y organiza el medio natural en que vive el hombre, a través de elementos técnicos e intelectuales en continuo cambio (tienden a actualizarse a partir de un nuevo proceso de transformación, apropiándose de la experiencia anterior)”.

El trabajo como derecho humano ha sido instituido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 23 se señala: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Asimismo, ha sido regulado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - "Protocolo de San Salvador" en cuyo artículo 6 se establece: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

Teniendo como base los tratados internacionales citados, el trabajo también ha sido reconocido en el artículo 22 de nuestra Constitución Política vigente, el cual señala: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. De la misma forma, también fue regulado en su antecesora,

la Constitución Política de 1979, en cuyo artículo 42 se estableció “El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social (...)”.

1.2.5 Regímenes laborales aplicables a los servidores públicos municipales: antecedentes y regulación actual

En el presente trabajo de investigación se analizará el régimen de contratación administrativa de servicios en la contratación de los obreros municipales y las consecuencias de su inaplicación mediante resoluciones judiciales; en ese contexto, resulta importante desarrollar el marco normativo sobre los regímenes laborales aplicables a los trabajadores que prestan servicios en las Municipalidades y sus modificaciones en el tiempo.

El primer antecedente lo encontramos en la Ley Orgánica de Municipalidades de 1981 en cuyo artículo 60 se establece que “los funcionarios, servidores y obreros de las Municipalidades tienen los mismos deberes y derechos que los del personal del Gobierno de la respectiva categoría”. Posteriormente, con la entrada en vigencia de Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853 publicada en 1984 se precisa “los regímenes laborales de este sector al señalar que los funcionarios, empleados, obreros y personal de vigilancia están sujetos al régimen laboral de la actividad pública, lo cual guarda concordancia con el artículo 4 del Decreto Supremo N° 070-85-PCM de 1985 que señala que los trabajadores de las Municipalidades que no adoptaran el régimen de negociación bilateral percibirán los incrementos que, con carácter general, otorgue el Gobierno Central a los Trabajadores del Sector Público”.

Finalmente, como última antecesora a la norma actual, tenemos la Ley N° 27469 del 2000 que modifica el artículo 52 de la Ley N° 23853, en la cual se incorpora la distinción entre obreros y empleados asignándoles a cada categoría un régimen laboral distinto; así, se estipula que “funcionarios y empleados son servidores públicos sujetos al

régimen laboral de la actividad pública, mientras que los obreros son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada”.

Actualmente, la regulación de los regímenes laborales de los obreros y empleados la encontramos en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en cuyo artículo 37 se mantiene la posición de su antecesora, estableciéndose que “los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral aplicable a la administración pública mientras que los obreros son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada”, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

Para determinado sector de la doctrina, los regímenes laborales son dos; por un lado, el régimen laboral al que se sujeta el personal de una entidad de la administración pública, regulado por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público - Decreto Legislativo N° 276 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM. Por otro, el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N° 728, que por excepción puede emplearse en la contratación de personal estatal cuando se autorice de manera expresa en una norma jurídica que regule la existencia de este organismo del Estado. Existen otras formas de vinculación laboral como regímenes especiales y, en ese orden de ideas, en el 2008 se insertó una forma de contratación especial denominada Contratación Administrativa de Servicios, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1057.

Así también lo expresa Rodríguez, J. (2008) quien refiere:

“En nuestro sistema normativo constitucional se reconoce la existencia de dos regímenes laborales diferenciados: el del servicio público y el de actividad privada. La Constitución Política del Perú, contempla a los trabajadores del sector privado en los artículos 22° a 29°, en el Capítulo II de su Título I, mientras que a los servidores y funcionarios públicos los regula en el Capítulo IV que comprende los artículos 39° al 42°”.

Por su parte, Beltrán, L. (2013) señala:

“En el Estado coexisten tres regímenes de contratación laboral: nombrados y contratados bajo el régimen laboral público (D.L. N° 276), contratados bajo el régimen laboral privado (D.L. N° 728) y los contratos por Servicios No Personales; regímenes que se sujetaban a principios, criterios y normas disímiles entre sí, por lo que el Estado, el 27 de junio de 2008 promulgo el Decreto Legislativo N° 1057, el cual regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), y con fecha 25 de noviembre de 2008 expidió su reglamento bajo el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM”.

1.2.6 Alcances sobre el empleo público

Esta investigación gira en torno a la afectación de la reforma del empleo público como consecuencia de las resoluciones judiciales que disponen la inaplicación del régimen de contratación administrativa en la contratación de obreros municipales y ordenan su incorporación en el régimen de la actividad privado; en consecuencia, resulta elemental, establecer los principales alcances sobre el empleo público y su especial naturaleza.

Para Roberto Dromi (2000), “el contrato de empleo público es una relación de empleo, de subordinación del sujeto particular respecto del Estado, que cumple con las funciones asignadas al órgano institucional, sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe”.

En otros términos, Miranda Hurtado (2004), define el empleo público como “el conjunto de relaciones laborales que vinculan al Estado en su posición de empleador, con sus trabajadores o servidores públicos”.

Este último autor nos refiere que, en la regulación de las relaciones de trabajo en el empleo público, confluyen la teoría estatutaria y la teoría contractualista, las que explica de la siguiente manera:

“La teoría estatutaria. - Sostiene que la naturaleza jurídica de la relación de trabajo en el empleo público es unilateral, surgida por exclusiva voluntad de la administración, cuyo contenido, por lógica consecuencia, es también determinado solamente por el Estado-empleador.

La teoría contractualista. - Sostiene que la relación en el empleo público es de naturaleza laboral, y por tanto, nace de un contrato bilateral, en el que el Estado ocupa la posición de empleador. La colocación de la relación dentro del ámbito del derecho laboral, tiene entre otras implicancias reconocer a la autonomía privada como fuente de derecho en el empleo público”.

En relación con el empleo público, Patrón y Patrón (2004) señalan que “la relación jurídica existente entre el Estado y sus servidores civiles supone un vínculo laboral para la prestación de servicios públicos a la nación, en el cual se establece una corriente recíproca de obligaciones y derechos entre las partes. No obstante, refieren, no es un contrato común pues posee características propias que lo diferencian de otros contratos laborales”.

En opinión de Vergara Mesa (2014), quien equipara los conceptos de “empleo público” y “función pública”, este es un típico escenario de relaciones de trabajo, cuya única particularidad consiste en tener como parte empleadora al Estado.

Para este último autor:

“(…) la aplicación de las normas protectoras del trabajo humano no debería ser problemática y se pensaría que solo es susceptible de modulación en los estrictos términos exigidos por prestación de los servicios públicos y la garantía

del interés general inmersa en la actividad estatal. Sin embargo, la actividad estatal está regularmente acompañada de una normativa especial, el derecho público administrativo, el cual provee al Estado de singulares prerrogativas que le permiten hacer prevalente el interés general sobre los intereses particulares que se le enfrenten, aunque de ellos sean titulares los servidores públicos”.

Nos dice, además, que “en el empleo público concurren con vocación regulativa tanto el derecho laboral como el derecho administrativo, regla que puede ser generalizable a todos los países que directa o indirectamente asumen el derecho administrativo como modalidad de control de su administración pública”.

De otro lado, Paitán (2017) afirma que “el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho contemplado en nuestra Constitución postula la interrelación e integración de la relación entre el empleo público y el Derecho del Trabajo, al punto de incidir en la laboralización de la administración pública, generando así una suerte de huida del Derecho Administrativo, con la convergencia entre las teorías contractualistas y estatutarias”.

Ackerman (2017) refiere que “el Estado también es sujeto del Derecho del Trabajo cuando asume el carácter de empleador en relaciones regidas por normas laborales, pero también cumple un rol destacado en dichas relaciones ejerciendo su papel de gerente del bien común”.

Asimismo, este autor precisa que “el Estado como empleador no es lo mismo que un empleador privado. La base de la diferencia radica en que lo que llamamos el Estado, además de- y antes aún que- un empleador, es la autoridad pública y el custodio del interés general”.

En el Perú, la regulación jurídica de la prestación de servicios para el Estado ha sufrido una evolución en el tiempo; primigeniamente, conforme al postulado de la teoría estatutaria, se desconocía a esta vinculación la naturaleza de relación laboral, por lo

cual la misma estaba regulada exclusivamente por el derecho administrativo. Esta teoría estatutaria fue proyectada en el Decreto Ley N° 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, de fecha 16 de junio de 1950.

Fueron varios factores los que determinaron la crisis del modelo estatutario, frente a lo cual se posicionó la teoría contractualista que postula la existencia de una relación laboral ante la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo. En palabras de Cantero Martínez (2001), “de esta forma se reconoce que la relación de prestación de servicios personales a una institución pública es una relación laboral y que los servidores y funcionarios públicos también son trabajadores y tienen derechos laborales”.

En este cambio de paradigma, encontramos el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa (24 de marzo de 1984) y seguidamente la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (19 de febrero de 2004), esta última la cual constituyó una manifestación plena de la teoría contractualista; ello, además de la aplicación del régimen laboral de la actividad privada del Decreto Legislativo N° 728. Finalmente, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (4 de julio de 2013), se experimentó un retroceso hacia la corriente doctrinaria anterior, pues se le da al empleador estatal una posición de privilegio frente a sus trabajadores en relación con las obligaciones de los empleadores del sector privado.

CAPÍTULO II

EL EMPLEO PÚBLICO EN EL PERÚ

2.1 Consideraciones generales sobre el Estado y la administración pública

El Estado es la personificación de la sociedad y el poder. Su naturaleza es social y política; es la creación del hombre por su necesidad de ceder parte de su libertad para garantizar su propia subsistencia, pero, sobre todo, un fin mayor, el bien común.

Desde un enfoque deontológico, señala Borea, A. (1994) que, “el Estado tiene su razón de ser en los fines que debe cumplir, como lo son garantizar la libertad y la igualdad de los hombres”; asimismo, sociológicamente es definido por el mismo autor como “una sociedad políticamente organizada alrededor de un centro de poder que se extiende sobre un territorio determinado”.

Por su parte, Uribe Gonzáles, citado por Borea, A. (1994) postula como definición ética del Estado, “una organización total que establece, mantiene y garantiza el orden jurídico en un territorio determinado, dotada de un poder supremo que ejerce el monopolio del poder coactivo, respetando y garantizando la estructura pluralista de la sociedad”. Kelsen, H (1969), por otro lado, apunta que “el Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional, siendo como persona jurídica la personificación de dicha comunidad”.

A partir de las concepciones citadas, debe tenerse presente que la persona humana como sujeto individual y miembro de la sociedad es, además de creador, el objeto de la actividad estatal, con intereses particulares y derechos subjetivos, concibiéndose como un sujeto distinto del Estado, por cuanto este último es más bien una persona jurídica con derechos que también le son reconocidos por el derecho positivo, lo cual asegura la posibilidad de una vinculación entre Estado y los particulares a través de negocios jurídicos.

El Estado es, sin duda, un ente abstracto, resultado de la creación del hombre en virtud de un pacto social y político, y que, por tal motivo, es válidamente concebido como unidad sociológica, ética, política y jurídica teniendo siempre como eje central al hombre como fin supremo de esta creación ficticia, tanto en su carácter individual y como miembro de una sociedad.

A diferencia de la persona humana que es un fin en sí mismo, el Estado, entonces, sería más bien un medio para la realización del hombre en sociedad, quien lo ha creado para garantizar su propia supervivencia en tanto ser social, buscando poner fin a los conflictos sociales de relevancia existentes entre los individuos. El hombre ha cedido su poder y libertad delegándolos en el Estado para que este sea un instrumento para sí, debiendo actuar en su beneficio, procurando su dignidad como parte del orden fundamental.

El Estado como creación es la mejor forma de garantizar la subsistencia del hombre y la sociedad, la cual se concretiza con el derecho positivo como instrumento para establecer reglas y normas que regulen las situaciones de elemental trascendencia para la vida social. Tiene como fin central el bien general de la colectividad para la cual se asiste del ordenamiento jurídico que instituye su poder.

Ahora bien, hay que precisar que la ejecución de los fines del Estado en su condición de ente abstracto se encuentra a cargo del Gobierno, definido este como la encarnación personal del Estado y el vehículo material de expresión de la soberanía que está integrado por personas que desarrollan las actividades públicas, sin las cuales el propio poder carecería de existencia jurídica y material (Acosta, 2004).

Según afirma Parada (2007) esta situación obedece a la necesidad del poder político de legitimarse ante la comunidad prestando servicios públicos para cuyo logro requiere inevitablemente del auxilio de un grupo de servidores; ese es el momento en el que empieza a ser habitual la presencia de un funcionariado exclusivamente dedicado a

las labores administrativas del Estado, a cambio de lo cual recibe una retribución por sus servicios (Weber, 2008).

Entonces, para que el Estado cumpla sus fines y objetivos, requiere necesariamente del accionar permanente de las distintas entidades que conforman la administración pública y estas, como es lógico, a su vez requieren del personal a su servicio que sirvan a éste y que se encuentren vinculados con él para servir al bienestar común, con la finalidad de poner en marcha la maquinaria del Estado y lograr satisfacción de las necesidades de la ciudadanía. Dentro de ese marco, la administración pública requiere de la organización denominada “empleo público”, que presenta la siguiente estructura:

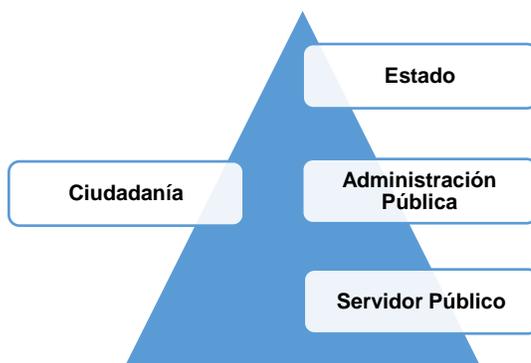


Figura 1

2.2 Aspectos generales del empleo público peruano

Roberto Dromi (2000) sostiene que “el contrato de empleo público es una relación de empleo, de subordinación del sujeto particular respecto del Estado, que cumple con las funciones asignadas al órgano institucional, sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe”. En esta misma línea, Patrón Faura y Patrón Bedoya (2004) señalan que “este no es un contrato común, pues posee características propias que lo distinguen de los demás contratos laborales”.

El empleo público, entonces, como noción general, está conformado por aquellas personas que prestan servicios en la administración pública, desarrollando actividades

institucionales con la finalidad exclusiva de atender al ciudadano y garantizar el interés general. En su acepción jurídica, es el conjunto de relaciones de naturaleza laboral que vinculan al Estado en su condición de empleador con los servidores públicos.

Con el surgimiento de la clase burocrática denominada también Gobierno, destinada a concretizar el poder del Estado con la finalidad de servir al pueblo, nace la función pública como vinculación jurídica entre el Estado y las personas a su servicio. Sobre el particular, Haro Carranza (2004) siguiendo la doctrina nacional, ha distinguido dos modelos clásicos del empleo público, que son los siguientes:

“a) El modelo abierto

Este modelo nace en el siglo XIX en los Estados Unidos. No reconoce la existencia de una clase burocrática; por el contrario, es el gobierno de turno el que tiene las atribuciones de elegir libremente a su personal. Su fundamento radica en la propia noción del sistema democrático por el cual el gobierno de turno debe ocupar todos los empleos públicos para garantizar la ejecución de las acciones propuestas por el Gobierno que el pueblo ha elegido. El funcionario no es una representación del Estado sino un mero instrumento que debe satisfacer las demandas de la población.

Este modelo entra en crisis con la revolución industrial y el desarrollo de grandes unidades de producción que exigía regulación en distintos niveles, surgiendo la necesidad de contar con personal idóneo y eficiente en la Administración Pública, lo cual discrepaba con la propuesta de inicial este modelo. Es por ello que se inicia un proceso de reforma hacia el modelo de empleo público cerrado, el cual venía siendo desarrollado en Europa continental.

b) El modelo cerrado

Este modelo tiene su origen en la Francia post revolucionaria. Su esencia radica en el ingreso a la función pública por mérito y capacidad, mediante procesos de selección públicos, ingresando a una estructura jerarquizada dividida en categorías a las que va ascendiendo el servidor garantizándose su estabilidad laboral absoluta.

En este modelo el funcionario no es considerado un simple empleado, sino un representante de la Administración Pública que tiene como función primordial velar por el interés general; para ello, debe reunir una serie de condiciones que le permita desempeñar las responsabilidades que le son conferidas”.

Estos modelos no son excluyentes entre sí; existe la posibilidad, tal como ocurre en el Perú, de que ambos confluyan en un sistema mixto, regulado bajo los marcos normativos de contratación de personal en el sector público, denominado también regímenes laborales. Por un lado, tenemos regímenes que condicionan el ingreso a la función pública a través de concursos públicos de méritos, mientras que, de otra parte, se permite el ingreso directo a la función pública, ya sea por elección popular, designaciones de confianza, entre otros.

Existen diversas corrientes doctrinarias que buscan explicar la naturaleza jurídica del empleo público. Inicialmente se sostuvo que se trataba de un acto unilateral del Estado, al cual le daba validez o eficacia el consentimiento del administrado. Por otro lado, se consideró que su origen era un acto jurídico bilateral, importando la voluntad del agente, pero sin formalizar un contrato, en tanto que la relación subsecuente se encuadraba en lo estatutario, pudiendo la administración modificarla unilateralmente. Posteriormente surgió la corriente que defendía la tesis de que la naturaleza de esta relación era eminentemente contractual, es decir una relación laboral ordinaria (Haro Carranza, 2014).

En tal sentido, a continuación, se desarrolla las principales teorías sobre el empleo público:

a) Teoría Unilateralista o Estatutaria

Para autores como Maurice Hauriou, Gastón Jèze y Duguit quienes defienden esta teoría, “la naturaleza jurídica del empleo público tiene un acto unilateral de autoridad en el Estado – empleador, sobre el cual no interviene la voluntad del empleado a su servicio, salvo para la aceptación del cargo”. Esto es particularmente relevante, toda vez que, a consideración de dichos autores, el interés público como objeto esencial de la actividad estatal impediría que los sujetos particulares manifiesten su voluntad personal para la configuración de una relación jurídica en este ámbito.

Luis Ortega (1983) describe los siguientes postulados de la teoría estatutaria:

- “1. Imposibilidad de acuerdo contractual, debido a la desigual posición jurídica de las voluntades en juego, voluntad pública-voluntad privada.
2. Incomerciabilidad del objeto del contrato.
3. Regulación mediante Ley del contenido de la relación de empleo público.
4. Posición de supremacía de la Administración una vez iniciada la relación jurídica.
5. Retroactividad de los efectos de la relación al momento del acto de nombramiento”.

En nuestro país esta teoría tuvo su expresión en la Ley N° 11377, Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, la cual no reconocía derechos laborales esenciales a favor de los servidores públicos; por el contrario, era la máxima expresión de desigualdad innata en el marco de una relación laboral, totalmente desequilibrada en lo que se refiere a las potestades que ejercía el Estado como empleador. En el afán de tutelar el interés público, se colocaba al Estado como empleador en una situación de particular supremacía frente al trabajador, derivándose en una relación no solo desigual a nivel económico sino también jurídica.

El empleo público se constituía y extinguía por decisión unilateral del Estado, siendo que los servidores públicos no tenían garantizada la estabilidad en el empleo, mucho menos contaban con poder de negociación frente a este empleador, pues tenían restringido el derecho a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga. Esta corriente estatutaria continuó reflejándose inclusive en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y sus normas reglamentarias cuya vigencia data de 1984, aunque con matices distintos, más favorables para los servidores públicos.

b) Teoría Contractualista

Esta teoría se contrapone a la estatutaria, pues señala que la relación entre el Estado como empleador y los servidores públicos es una relación contractual sujeta a los derechos y obligaciones de carácter tuitivo de derecho laboral. En este sentido, cambia la concepción de una manifestación unilateral por parte del Estado como empleador y se concibe a la relación como una de tipo contractual, en la cual concurren tanto la voluntad de este como la del servidor público.

Defiende esta tesis Bielsa (1956), quien considera que la relación jurídica que existe entre los empleados y la nación es contractual, pues tiene todos los caracteres de un contrato. Asimismo, señala que “se trata de un contrato especial por la forma de manifestarse el consentimiento, pues el empleado se adhiere a las condiciones establecidas unilateralmente por la Administración Pública sin que esto signifique negar la existencia del contrato”.

En el Perú, la dogmática administrativa no desarrolló ni siquiera marginalmente las instituciones vinculadas con el empleo público, sin embargo, esta ausencia no fue obstáculo para la aplicación dominante de la teoría estatutaria (Miranda Hurtado, 2004). Señala dicho autor que, a pesar de tener el derecho laboral un desarrollo importante que ha permitido su consolidación en la norma constitucional, su concreción

en el tratamiento del empleo público no ha tenido mayor relevancia, salvo algunos intentos de reforma que no han logrado mayor éxito.

Con el reconocimiento constitucional de la libertad de contratar, la libertad de trabajo y los derechos laborales fundamentales a partir de la Constitución Política de 1979 y con mejor desarrollo en la de 1993, la teoría estatutaria resulta inconcebible si la consideramos en su expresión absoluta; de lo contrario, se estaría asumiendo que el servidor público no es más que un instrumento al que se le puede constreñir a prestar servicios en la administración pública sin reconocerle derechos mínimos a pesar de su condición de trabajador.

En efecto, del marco normativo aplicable al empleo público desarrollado a lo largo del tiempo, advertimos una inclinación del legislador por el derecho administrativo relegando el derecho laboral a su mínima expresión, muchas veces en perjuicio de los servidores que prestan servicios en la administración pública.

Esta situación ha originado interminables conflictos, sobre todo en un Estado instituido como social y democrático de derecho, habida cuenta de que el desarrollo del derecho laboral en el marco de la progresividad de los derechos sociales ha permitido que a nivel judicial se “corrijan” situaciones en favor de los servidores públicos, cuando involucran derechos de esta naturaleza. Esto, como evidente consecuencia de situar en conflicto dos ramas jurídicas de naturaleza notoriamente distinta, cuando lo óptimo sería buscar la coexistencia de ambas en el marco del empleo público, dada su especial naturaleza y el impacto que tiene en la sociedad.

Para la teoría estatutaria se trata de regular la vinculación entre el Estado y el servidor público mediante el derecho administrativo en aras de garantizar el interés público, mientras que para la teoría contractualista predomina la aplicación de las normas laborales. Si nos enfocamos en el marco constitucional vigente, desconocer en absoluto esta última posición, implicaría contravenir el propio modelo estatal.

Ello no implica desterrar por completo los aspectos positivos que provee la corriente estatutaria, pues las relaciones laborales que conforman el empleo público son de tal naturaleza que permiten la confluencia del derecho administrativo para regular ciertos aspectos de la misma.

Esto último se condice también con el propio marco constitucional que reconoce la particular relevancia de la función pública y la coloca como bien jurídico protegido; en ese entendido, el derecho administrativo como aspecto de la teoría estatutaria, regula, por ejemplo, una serie de atribuciones jurídicas para los servidores públicos a fin de que puedan prestar servicios y desempeñar funciones con las competencias y atribuciones que les confiere la legislación vigente bajo responsabilidad funcional, pues actuar en nombre y representación del Estado requiere de una habilitación legal especial. A su vez, permite la regulación de la estructura interna de las entidades y una serie de reglas para la correcta gestión de las funciones en los diferentes sistemas administrativos reconocidos para el desarrollo de la actividad estatal.

En consecuencia, la teoría estatutaria no debe descartarse por completo, pues si bien su expresión máxima parece estar en conflicto con el modelo constitucional vigente, ciertos aspectos de la misma, concordados con la teoría contractualista, permitirán una consolidación real del empleo público, acorde con los principios y valores reconocidos en la Constitución Política.

Debe tenerse presente que, los eventuales conflictos entre intereses del Estado - empleador con los derechos de los servidores públicos no serán resueltos satisfactoriamente privilegiando unos sobre otros, sino buscando la coexistencia de ambos, respetando la esencia del empleo público, pero de igual manera el contenido esencial de los derechos fundamentales, teniendo siempre como norte el bienestar común.

Como bien apunta Vergara (2014) el carácter particularmente conflictivo de dicho escenario, se debe a la concurrencia con vocación regulativa tanto del derecho laboral

como del derecho administrativo, regla que puede ser generalizable a todos los países que directa o indirectamente asumen el derecho administrativo como modalidad de control de su administración pública.

No coincidimos con Duarte (2009) quien sostiene que la división tajante entre empleo público y empleo privado descansa en la figura del empleador y no en la del empleado, lo cual implica que la relación de trabajo que se realiza a favor del Estado no se ejecuta en condiciones diferentes a las de cualquier trabajador, pues al fin y al cabo, para dicho autor, el empleado es una persona humana que pone su cuerpo a disposición de otro, lo cual exige la protección que la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos dispensan en esos casos. Para el efecto, señala que “el principio protectorio se halla en el derecho del trabajo y no en el derecho administrativo y no existe ningún impedimento para que se aplique”.

Este mismo autor afirma que los derechos laborales son idénticos en uno y otro ámbito, pero que el empleado público debiera contar con mayores instrumentos de protección, por cuanto tiene al frente un contratante sumamente poderoso, como el Estado (Duarte, 2009).

En contraposición con la opinión antes citada, debe señalarse que la distinción entre empleo público y privado no solo recae en la figura del empleador, sino también en la del trabajador; pues si bien, en ambos casos este sujeto de la relación laboral pone a disposición su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración que le permita garantizar su subsistencia, lo cierto es que, la particular función que desempeña el servidor público como representante de una entidad estatal, lo coloca en una situación jurídica distinta de la que ostenta el trabajador de una empresa privada, en tanto su labor se orienta a garantizar la satisfacción del ciudadano como destinatario de los servicios estatales.

Esta diferencia, si bien no limita la protección de los derechos laborales del servidor, tampoco impide que coexista en igualdad de jerarquía los postulados propios del

empleo público, en atención a la prevalencia de un fin superior como el bienestar común. Con dicho propósito, se analiza los principios que rigen el empleo público, seguido de la relación entre función pública y derecho del trabajo, para luego tratar sobre el empleo público y sus regímenes laborales en el tiempo.

2.3 Principios que rigen el empleo público

Los principios aplicables al empleo público no han sido desarrollados de manera uniforme en el tiempo; no obstante, es la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público la norma que mejor los agrupa, aunque sin esbozar una definición extensa de los mismos.

Es posible extraer de las normas laborales de derecho público cuáles son los principios transversales a este ámbito, dentro de los que se considera a los siguientes:

a) Principio del estado social y democrático de derecho

Este principio se encuentra reconocido en el artículo 43 de la Constitución Política vigente, siendo que, con la emisión de la Ley N° 28175 se pone de manifiesto este principio en el marco del empleo público; en primer lugar, por cuanto esta ley fue dictada en respeto de las funciones y competencias del Poder Legislativo, quien por primera vez en la historia reguló los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos, garantizándose el principio de reserva de ley, al que se refiere el artículo 40 de la Carta Política. Esto mismo ocurrió con la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil que también goza de legitimidad democrática al haber sido emitida por el Congreso de la República, con la finalidad de unificar los derechos y obligaciones de los servidores civiles.

Adicionalmente, este principio se ve reflejado en el reconocimiento del servidor y funcionario público como sujetos con derechos e intereses distintos a los que tiene la administración pública, razón por la cual se les debe extender todos los derechos

individuales y colectivos que se les reconoce a los trabajadores del ámbito privado, superándose el esquema de superposición del Estado frente a sus servidores al que se refiere la teoría estatutaria, sin perder de vista su especial naturaleza como prestadores de servicio público.

b) Principio de legalidad

El valor principal del empleo público siempre ha sido garantizar el interés general; es por ello la exigencia a los servidores y funcionarios, sobre todo bajo la predominación de la teoría estatutaria, de prestar servicios en función de un fin superior y no de intereses personales, tal como actualmente se contempla en el artículo 39 de la Constitución Política cuando se señala que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.

Bajo ese esquema, dado que las leyes son la expresión del interés público destinadas a regular situaciones de relevancia para la sociedad, los servidores estatales deben ejercer sus funciones con sujeción estricta a ella, bajo responsabilidad. Es por ello que este principio se encuentra reconocido en la Ley del Servicio Civil que establece que el régimen del servicio civil se rige únicamente por lo establecido en la Constitución Política, la ley y sus normas reglamentarias. A diferencia de lo que ocurre en el sector privado regido bajo el principio de libertad negativa que le faculta a hacer todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido, los servidores públicos requieren de una habilitación legal para el ejercicio de sus funciones.

c) Principio de igualdad de oportunidades y mérito

En la Ley Marco del Empleo Público no se hace referencia al principio de igualdad ni al principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de ello, es de advertirse que dentro de los principios consignados e inclusive en el desarrollo de la norma, se cautela la vigencia de este principio al regularse el concurso público de méritos para el ingreso a la administración pública.

Así, se establece, bajo la denominación de principio de mérito y capacidad que, “el ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública, señalándose que el acceso se realiza mediante concurso público y abierto en un régimen de igualdad de oportunidades”.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC ha señalado que “si bien el acceso a la función pública en condiciones de igualdad no se encuentra contemplado en el catálogo de derechos de la Constitución Política, este derecho forma parte de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y, concretamente del sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte”.

En ese sentido, el Tribunal ha establecido que: “(...) los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso” (Expediente N° 00025-2005-PI/TC y otro).

El principio de mérito y capacidad se encuentra relacionado con el de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, los cuales vinculan a todas las entidades estatales. El primero busca garantizar la eficiencia de la administración pública al contar con personal idóneo que preste servicios que satisfagan el interés general, mientras que el segundo, cautela el derecho de los ciudadanos para acceder a la posibilidad de prestar dichos servicios siempre que cumplan con las condiciones para ello.

Así se encuentra regulado en el principio de igualdad de oportunidades de la Ley del Servicio Civil que establece que “las reglas del servicio civil son generales, impersonales, objetivas, públicas y previamente determinadas, sin discriminación

alguna por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

d) Principios de derecho laboral

Bajo la vigencia del principio de Estado social y democrático de derecho se ha reconocido a los servidores públicos como sujetos sociales con intereses particulares distintos a los que mantiene la administración pública; en razón a ello, se les reconoce los mismos derechos laborales que gozan los trabajadores del ámbito privado, en los casos en que resulte aplicable. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 008-2005-AI/TC sobre la vigencia de los principios laborales en el sector público.

No obstante, debe precisarse, como bien lo hace el máximo intérprete constitucional, que las normas laborales se aplican tanto al régimen privado como al público; sin embargo, en este último, rige conjuntamente el marco constitucional de la función pública. Bajo ese postulado, se insiste en que, en el ámbito de las relaciones laborales del sector público, deben coexistir los principios y derechos laborales, con aquellos que son propios del empleo público.

Este principio se encontraba expresado en la Ley Marco del Empleo Público; sin embargo, ha sido retirado del texto de la Ley del Servicio Civil, entre cuyos principios solo se ha regulado, al respecto, la protección contra el término arbitrario del servicio civil. Esto último, no quiere decir que se haya dejado de reconocer la vigencia de los derechos laborales para los servidores civiles, sino que se ha dado preferencia a aquellos que resultan inherentes al empleo público, en tanto el reconocimiento de los primeros se encuentra garantizado a nivel de la Constitución Política vigente.

e) Principio de preservación de la continuidad de políticas del Estado

En la Ley Marco del Empleo Público se establece que “la especialización del empleo público preserva la continuidad de las políticas estatales”. En ese sentido, este principio tiene como finalidad satisfacer el interés general de la nación, a través de la concretización de las políticas del Estado indistintamente de los cambios de gestión en el Gobierno o simplemente del cambio de funcionarios públicos. Actualmente, en la Ley del Servicio Civil no se encuentra contemplado este principio como tal; no obstante, es una manifestación implícita del principio de eficacia y eficiencia, en tanto el servicio civil busca el logro de los objetivos del Estado, lo cual, eventualmente podría implicar la continuidad de políticas que beneficien el interés general indistintamente de los cambios en las entidades a nivel de su personal.

f) Principio de equilibrio presupuestal y provisión presupuestaria

El principio de equilibrio presupuestal se encuentra recogido en el artículo 77 de nuestra Constitución Política vigente, cuyo texto es el siguiente: “La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. (...) El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización (...).”

Así, este principio ha facultado al legislador para que en el marco del empleo público se cautele la provisión presupuestaria, tanto en la Ley Marco del Empleo Público como en la Ley del Servicio Civil, en las cuales se ha establecido que, todo acto relativo al empleo público o al servicio civil, respectivamente, se encuentra sujeto a la disponibilidad presupuestal, el cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como a estar previamente autorizado y presupuestado.

Entonces, este principio guarda relación con la provisión presupuestaria, esta última que habiendo sido calificada como “principio” termina siendo solo una regla, por lo que ambos se diferencian sustancialmente por los momentos en que son aplicados. En cuanto al principio de equilibrio presupuestal, este se refiere a la determinación o

asignación del presupuesto público tal como refiere la Carta Política vigente. En el segundo caso, la provisión presupuestaria se presenta en un momento posterior, cuando la entidad requiere disponer del presupuesto que le ha sido asignado. Por tal motivo, ambas normas aplicables al empleo público refieren que los actos deben estar previamente autorizados y presupuestados.

2.4 La prestación de servicios en el Estado: Alcances sobre la función pública

La administración pública para cumplir con las funciones y fines establecidos en la Constitución y en las leyes vigentes, cuenta en su organización interna con recursos humanos denominados servidores públicos, a través de los cuales ejecuta actividades primordiales con el objetivo de satisfacer el interés público y lograr el bien común.

Este conjunto de actividades que se realiza en representación estatal es lo que conocemos como función pública, caracterizada por estar regulada por un conjunto de normas que se aplican a todos los funcionarios públicos por igual y que condicionan los modelos de gestión de los organismos públicos por la estabilidad que en algunos casos debe asegurar al trabajador, principio que se diferencia notoriamente en los modelos organizacionales de gestión de personal regulada por el derecho laboral privado (Cardone, 2006).

Nuestra Constitución Política vigente en el capítulo IV de su Título I denominado "De la función pública" contiene una serie de disposiciones generales sobre la función pública. Este bien jurídico constitucional ha sido concebido, desde un punto de vista material, como la realización o desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. Así se ha visto reflejado en el artículo 2 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, que define a la función pública como "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

Bajo este marco normativo, el Tribunal Constitucional en el fundamento 8 de la sentencia emitida en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC, ha señalado que “la función pública no se identifica por el tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la administración pública, sino por el desempeño de funciones pública en las entidades del Estado”.

Este bien jurídico constitucional destaca la importancia del servicio que presta todo aquel que labora para el Estado, pues tal como se establece en el artículo 39 de la Constitución, “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”. En palabras del Tribunal Constitucional, sirven y protegen al interés general (Expediente N° 2235-2004-AA/TC) y desarrollan su labor con sujeción al marco normativo vigente, en respeto de los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático en el ejercicio de la función pública (Expediente N° 008-2005-PI/TC).

Entonces, son servidores públicos aquellas personas que prestan servicios para el Estado sin distinción alguna del tipo de actividad o servicio que realizan, el ámbito o nivel donde laboran, o su régimen de contratación, siendo su esencia servir a los fines y objetivos estatales bajo la correcta y eficiente administración de los recursos públicos.

Bajo ese esquema, la prestación personal de servicios en el marco del empleo público no es otra cosa que la función pública, pues se ejerce en representación del Estado y con la finalidad de cumplir sus objetivos satisfaciendo las necesidades de la población a través del funcionamiento eficiente de la administración pública.

Para la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-288 del año 2014, esta prestación de servicios, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, “está sujeta a una serie de regulaciones especiales que se justifican en la actividad de interés público que es ejercida por el Estado, quien funge en estos casos como empleador”.

La prestación de servicios en el Estado tiene particularidades inusuales, por cuanto las funciones que la sustentan o las competencias que la legitiman, tienen implícita una finalidad de interés público y, por ello, están previamente determinadas en el marco normativo vigente, lo que explica, en primer lugar, el carácter unilateral de la relación que en este caso se genera entre el servidor público y el Estado; ese es el real fundamento del empleo público.

Basta simplemente comentar que el desarrollo de la función pública precedió en más de un siglo al derecho laboral en sentido estricto (Balbín, 2005), y que en ese desarrollo confluyeron concepciones autoritarias del Estado que planteaban su supremacía sobre los restantes sujetos jurídicos, incluidos sus servidores (De la Cueva, 1990).

Como acertadamente señala Juan José Martínez (2000), los servidores públicos y el Estado no son fines en sí mismos, sino instrumentales, en la medida que toda actividad que realizan debe ser pensada en lograr y hacer que el Estado funcione mejor para el ciudadano.

En ese contexto, debe entenderse que la prestación de servicios en el empleo público amerita un tratamiento diferenciado lícito para el servidor público respecto de lo que podría ocurrir con el trabajador del ámbito privado, no siendo jurídicamente posible aplicar únicamente las reglas o principios del derecho laboral, sino también aquellas que son propias del empleo público.

2.5 El empleo público y sus regímenes laborales en el tiempo

En palabras de Alonso Olea (1981), “la característica esencial del trabajo reside en que el hombre que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad próxima la obtención a través de éste de los medios materiales, de los medios económicos, que necesita para subsistir. Es una actividad medial o instrumental, cuya finalidad es procurar la subsistencia de quien trabaja”.

Hopenhayn (2001) complementando esta posición, señala que los seres humanos no trabajan solo por dinero; sin embargo, la mayoría de los autores coincide que esto último ocurre cuando se está en condiciones de pretender algo más que el dinero y la subsistencia no significa la primera y más urgente necesidad que obliga a pasar a un segundo plano toda satisfacción espiritual que también brinda el trabajo. Así lo señala Sastre Ibarreche (1966) quien menciona que “desde la Revolución Francesa el trabajo se asoció, antes que, a la realización personal, al derecho a la existencia”.

El trabajo, entonces, es la actividad humana y económica más importante, por cuanto quien lo ejecuta es una persona cuyo propósito inmediato es obtener una fuente económica para garantizar su subsistencia, además de su bienestar personal y el de terceros que dependan de él, así como el propósito mediato o la expectativa de poder trazarse un proyecto de vida en función de los ingresos que de este trabajo deriven.

La concepción del derecho al trabajo ha evolucionado notablemente en el tiempo. Inicialmente, fue calificado como un derecho programático, es decir, cuya exigibilidad se encontraba dirigida a un sujeto en particular; sin embargo, ahora se le concibe más bien como un derecho con contenido concreto y protegido mediante acciones de garantía o tutela judicial.

Así, Marcenaro Frers (2004) menciona que “el derecho al trabajo no es de aplicación inmediata, ni programática, por cuanto en ambos casos sería exigible a un sujeto en particular”. En un Estado social y democrático de derecho, tenemos, por un lado, la libertad de contratar, por la cual no se podría obligar a un privado a otorgar trabajo; sin embargo, por otro lado, encontramos un equilibrio en los derechos sociales, en virtud de los cuales se consigue equilibrar la demanda y oferta de trabajo.

Al tratar sobre este derecho, Toyama Miyagusuku (2015) señala que la Constitución Política vigente reconoce su protección a través de los artículos 22 y 23, estableciendo el derecho al trabajo como una base para el bienestar social y la realización de la persona, así como la indicación del trabajo como objeto de atención prioritaria del

Estado, protegiendo con énfasis a la madre, a los menores de edad y al impedido. Además, “asegura que dentro de la relación laboral se respetan los derechos constitucionales –específicos e inespecíficos– y se reprime toda forma de trabajo forzoso o sin la debida retribución”.

En la Constitución de 1979 se reconoció el trabajo como “un derecho y un deber social, correspondiendo al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación que los proteja contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones”. Para Marcial Rubio (1999) esta visión socializante daba al trabajo una ubicación en la sociedad no solo como derecho personal sino también como un elemento de progreso del grupo humano en su conjunto.

En la Constitución vigente de 1993 se regula el trabajo en función de la realización de la persona humana, eliminándose su referencia como fuente principal de riqueza. Esta es una perspectiva humanista que busca rescatar mediante el trabajo los valores más importantes del ser humano (Marcenaro, 1995).

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el contenido esencial del derecho al trabajo implica, por un lado, el acceso a un puesto de trabajo, y por otro, el derecho a conservar el trabajo o a no ser despedido sino por causa justa. En cuanto al primer aspecto, si bien no es exigible al Estado el otorgar directamente empleos, si lo es que adopte políticas sociales tendientes a fomentar el acceso al empleo” (Expediente N° 1124-2001-AA/TC).

Sobre el segundo aspecto, esto es, la conservación del trabajo, debe entenderse como la proscripción de ser despedido salvo por causa justa prevista en la ley. Así, el trabajador debe conservar su estabilidad en el empleo, salvo que concurra alguno de los supuestos previstos en la normatividad laboral vigente para la extinción del contrato de trabajo. En este último extremo, el legislador tiene la obligación de establecer la protección contra el despido arbitrario según refiere la propia norma constitucional.

La función histórica del derecho del trabajo según Palomeque López (2013) tiene que ver con la intervención del Estado en las relaciones de producción, a través de la promulgación de normas protectoras del proletariado industrial y al mismo tiempo limitadoras de la voluntad del empresario en la fijación del contenido del contrato de trabajo; esto último como respuesta a la necesidad social de canalizar el conflicto surgido entre los protagonistas del sistema económico capitalista.

Al propio tiempo que instrumento protector de las relaciones sociales que legitima a través del contrato, el ordenamiento laboral limita ciertamente la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de acción a los trabajadores. Por tanto, la función social sigue siendo hasta ahora su rol compensatorio en la innata desigualdad existente en una relación laboral, tendiente a proteger a la parte más débil que es el trabajador.

Sobre esto último no existe mayor discusión en la doctrina, pues se coincide en que “el derecho del trabajo como disciplina jurídica busca compensar el desequilibrio innato de la relación de trabajo”. Así, el derecho del trabajo procura una distribución de poderes y límites (Goldin, 2014).

Boza Pró (2019) afirma que el derecho del trabajo irrumpió en la escena jurídica como una disciplina correctora de las consecuencias devastadoras que el derecho civil — bajo los postulados de libertad e igualdad de la revolución liberal francesa de 1789—, y la bilateralidad del contrato como instrumento estelar de regulación de las relaciones de naturaleza patrimonial, supusieron en la determinación de las condiciones salariales y de empleo de los trabajadores y que, en los hechos, terminaron respondiendo a la exclusiva voluntad del empleador.

Para Sanguinetti (2000), la concentración de trabajadores al interior de las fábricas incentivó su cohesión y la formación del movimiento obrero, que luchó para revertir dicha situación, a fin de arrancar a los empleadores y al Estado condiciones justas con arreglo a las cuales se permita la prestación del trabajo subordinado.

Las mejores condiciones exigidas por los trabajadores se han logrado a través del proceso de constitucionalización, que fue lo que finalmente condujo a los derechos laborales a su más alta consagración. Así, tenemos como primer texto constitucional en reconocer los derechos sociales, incluyendo a los laborales, a la Constitución mexicana de Querétaro en 1917 y, posteriormente, a la Constitución alemana de Weimar en el año 1919, igualmente trascendente que su antecesora; las cuales expresaron la obligación del Estado de intervenir directa y activamente en la vida económica de la nación para regular y proteger los derechos de los obreros y campesinos, siendo oponibles los derechos laborales tanto al Estado como a los particulares.

En el Perú, este fenómeno de constitucionalización laboral no se presentó hasta mediados del siglo XX, siendo inclusive que el inicio de la república peruana estuvo marcado por condiciones de trabajo deplorables, subsistiendo aun la esclavitud.

La Constitución de 1920 representó, según Blancas Bustamante (2011) una recepción muy limitada de las instituciones del Estado social, reconociendo solo algunos derechos laborales o normas de contenido laboral, denominadas “garantías sociales”, esto luego de diversas protestas para establecer la jornada máxima de ocho horas en nuestro país. Esto continuó con la Constitución de 1933, siendo recién con la Constitución Política de 1979 que el Perú acoge el modelo de Estado social y democrático de derecho, reconociendo diversos derechos laborales en la cúspide normativa de nuestro ordenamiento.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, se tuteló parte de los derechos reconocidos por su antecesora, sustrayendo otros. Para Landa Arroyo (2013), “esto último implicó un retroceso, pues los derechos laborales fueron debilitados considerablemente al limitarse el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo”; asimismo, a consideración del citado autor, “esta situación fue revertida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional bajo los principios constitucionales laborales”.

En líneas generales, el derecho al trabajo se ha posicionado en la cúspide normativa de nuestro ordenamiento jurídico nacional, con lo cual a nivel infra constitucional se ha desarrollado una serie de disposiciones normativas tendientes a garantizar la protección del trabajador como sujeto más débil de la relación laboral, sin que eso signifique posicionar al empleador fuera del marco de protección legal laboral.

En el marco del empleo público, el Informe elaborado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República en el año 2005, muestra su desarrollo histórico, advirtiéndose la problemática y las reformas que se han producido a lo largo del tiempo sin éxito alguno. Como antecedente se tiene el Informe de la comisión multisectorial encargada estudiar la situación del personal de la administración pública central en el año 2001, en la cual se ha expresado lo siguiente: "(...) tenemos un sistema que se administra como público, pero que cuesta como privado"; frase de la cual podemos extraer el caos derivado de la coexistencia de diversos regímenes laborales en el Estado.

Como primera norma de nuestro ordenamiento que trata la carrera administrativa de manera casi integral, tenemos el Decreto Ley N° 11377, Ley de Estatuto y Escalafón del Servicio Civil publicada durante el gobierno de Manuel Odría el 29 de mayo de 1950. En dicha norma se estableció los derechos y deberes de los empleados públicos, reconociéndose la carrera administrativa, la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en la carrera, y calificándose como empleado público a toda persona que desempeña labores remuneradas en las reparticiones del Estado, con excepción de los obreros de las dependencias públicas.

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1979 se introduce la noción del Estado social y democrático de derecho, la cual se convertiría en el pilar básico del ordenamiento jurídico vigente, instituyéndose al trabajo como uno de los pilares de dicho sistema. Bajo este marco constitucional, el Estado asumió un rol de tipo intervencionista en la actividad empresarial, lo cual tuvo como consecuencia la necesidad de incrementar el número de personal a su servicio.

En dicho contexto, durante el gobierno de Fernando Belaúnde Terry, el 24 de marzo de 1984 se emitió el Decreto Legislativo N° 276, Bases de la Carrera Administrativa, que estableció que los funcionarios y servidores públicos están sujetos al régimen laboral público reconociéndoles una gama de derechos que mejoraban su condición en relación con el Decreto Ley N° 11377, dejando de lado la distinción entre trabajador obrero y empleado. Dicha norma centró su regulación en la relación de empleo público, reconociendo la titularidad de derechos individuales y colectivos que reconocía la Constitución vigente en dicha época.

Siguiendo la línea de tiempo trazada, años más tarde, durante el primer gobierno de Alan García nuestro país estuvo marcado por una gran crisis económica inflacionaria, la cual implicó que hacia 1990, con Alberto Fujimori en la Presidencia del Perú, se llevaran a cabo varias reformas a fin de reducir barreras para la inversión privada y fomentar el empleo a través de la flexibilización laboral. En dicho contexto se emitió el Decreto Legislativo N° 728, norma que regula el régimen laboral de la actividad privada, pero que también fue aplicada en las contrataciones del personal estatal.

Esta privatización del empleo público ocurrió básicamente con la intención de lograr un tránsito acelerado de un régimen calificado como estatutario a uno contractual, bajo la creencia de que mejorar las condiciones laborales de los servidores del Estado repercutiría directamente en la eficiencia del servicio. La realidad demuestra que esta finalidad jamás se concretó, constituyendo un error del Gobierno de turno el introducir un régimen con características caviladas solo para el sector privado a un ámbito de especial naturaleza como el empleo público.

De modo paralelo, surgió una nueva forma de contratación de personal en el Estado, denominada Servicios No Personales (SNP) regulada bajo las normas del Código Civil, que admitía una relación contractual entre el Estado y el servidor para la realización de actividades propias de la entidad contratante, pero sin reconocimiento de beneficios laborales ni pensionarios.

Esta contratación surgió para cubrir la necesidad de personal de manera mucho más flexible, pero a costa de los derechos de los servidores públicos involucrados. Con el tiempo esta situación irregular significó un alto costo para el Estado por el sinnúmero de demandas de reconocimiento de vínculo laboral y pago de beneficios sociales que tuvo que afrontar por el fraude cometido en materia laboral.

Para el año 2004, durante el gobierno de Alejandro Toledo, con miras a lograr la modernización del Estado, flexibilizando y simplificando los sistemas administrativos, se dictó la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, la cual constituye el primer gran intento de reforma del empleo público que, con carácter general, estableció las normas básicas y esenciales a ser aplicadas a los servidores públicos, con prescindencia de su régimen laboral, entre ellos la exigencia de la meritocracia como requisito esencial para el acceso a la función pública.

Debe tenerse presente que la base de esta reforma tuvo que ver en primer lugar con la reforma pensionaria ocurrida a fines del año 2004 en el gobierno de Alejandro Toledo, que erigió un muro de contención al flujo de los recursos estatales que exigía el reajuste pensionario del Decreto Ley N° 20530 que creó la cédula viva, la cual constituía un gran desincentivo para la mejora de las remuneraciones de los servidores públicos, pues cada uno de los incrementos otorgados en favor de los servidores activos se reflejaba en la pensión de un servidor cesante, lo que conocemos como el famoso “efecto espejo” en materia pensionaria.

Con el cierre definitivo de este régimen pensionario mediante la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra el citado Decreto Ley, se logró concretizar la reforma materializada en la Ley Marco del Empleo Público que clasificó al personal estatal en distintas categorías, además de regular otros aspectos de especial relevancia, como los principios del empleo público, el acceso al empleo y los derechos y obligaciones de los servidores, con algunas propuestas adicionales que nunca se lograron por el escaso apoyo político recibido en su momento.

Años después, en el proceso de ratificación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, durante el segundo Gobierno de Alan García, se emitió la Ley N° 29157, mediante la cual se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. En ese contexto, se publicó el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, cuyo objetivo inmediato fue cerrar la brecha existente entre los contratados bajo la modalidad de servicios no personales y los trabajadores del resto de regímenes laborales vigentes en su momento.

Esto estuvo relacionado además con las contingencias que significó para el Estado la situación del personal contratado bajo contratos de servicios no personales, los cuales eran utilizados fraudulentamente para encubrir la prestación de servicios subordinados sin el acceso a beneficios sociales ni pensionarios, principalmente por las limitaciones presupuestarias de la época y la necesidad de personal en las entidades públicas.

Este nuevo régimen de contratación administrativa de servicios fue y sigue siendo calificado como lesivo de los derechos laborales de los servidores públicos pues no contempla una serie de derechos que sí le son garantizados a los servidores en otros regímenes laborales aplicables al empleo público. Tras una serie de reclamos sociales ha sido modificado y mejorado normativamente en el tiempo, hasta su eliminación dictada por el Congreso de la República mediante la Ley N° 31131 publicada en el año 2021 y su posterior reincorporación al ordenamiento jurídico tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00013-2021-PI/TC.

De forma cuasi simultánea a la entrada en vigencia del régimen de contratación administrativa de servicios, se publicó el Decreto Legislativo N° 1023, el 21 de junio de 2008, creándose la Autoridad Nacional del Servicio Civil como “organismo técnico especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con competencia

nacional sobre todas las entidades del sector público y encargado de gestionar el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos”.

Finalmente, el 4 de julio de 2013, se publicó la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, con el objeto de “establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para las personas encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de los servicios en cada uno de éstas; y con la finalidad de establecer mayores niveles de eficacia y eficiencia en el Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran” tal como señala la misma norma.

Esta última norma es considerada la más importante en la reforma del empleo público, pues busca optimizar la gestión y funcionamiento de los recursos humanos estatales, a fin de lograr la modernización de la gestión pública y garantizar la mejora de prestación de servicios en favor del ciudadano, previa implementación del proceso de incorporación progresivo y gradual, con lo cual se daría la futura extinción de otros regímenes laborales generales aplicables al Estado.

Lamentablemente, este proceso de reforma viene siendo excesivamente lento por las constantes limitaciones que impiden su concretización en el Estado; por citar ejemplo, se tiene la rezagada gestión de la Autoridad Nacional del Servicio Civil que tras casi nueve años de vigencia de la ley no ha obtenido los resultados esperados en cuanto al tránsito de las entidades; asimismo, el despropósito orquestado por el Congreso de la República al dictar la Ley N° 31131 que dispuso el tránsito progresivo del personal contratado bajo el régimen CAS hacia los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y 728, en lugar de conducir el tránsito hacia el régimen del servicio civil; y de la misma forma, una serie de pronunciamientos judiciales que reflejan interpretaciones disímiles de la normativa laboral del empleo público, reconociendo una serie de derechos en favor de los servidores públicos desde una óptica predominantemente laboral que rechaza los principios del empleo público, y que impide finalmente que se consolide un régimen único y exclusivo en beneficio de los servidores.

Considerando lo desarrollado en el presente capítulo, se puede colegir que se ha analizado el empleo público en el Perú, partiendo de nociones abstractas como el Estado y la administración pública, a partir de la cual es posible definir al empleo público como las relaciones laborales que vinculan al conjunto de servidores con el Estado en su condición de empleador, para el desarrollo de función pública orientada a satisfacer el interés general. Por su especial relevancia, el empleo público ha de ser regulado en base a la coexistencia de los derechos laborales y los principios que le son inherentes por su especial naturaleza, destacando la particular prestación de servicios que ejerce el servidor público dentro de su ámbito, denominada también “función pública”, la cual se ha venido perfilando en el tiempo con las diversas reformas introducidas en el empleo público y los regímenes existentes en el tiempo.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO

3.1 Estado de Derecho: concepto, valores, principios y fines constitucionales

El Estado como noción abstracta es una creación humana identificada con la detentación del poder y asimismo una realidad compleja concretizada en la administración pública para la satisfacción de los derechos e intereses del hombre como ser individual y social. De este modo, tiene un aspecto político porque en él se decide el destino de la ciudadanía a través del ejercicio del poder orientado a la satisfacción del interés general; y, por otro lado, un aspecto jurídico porque se requiere de un ordenamiento jurídico como fuente de derecho para la institucionalización del poder.

El Estado de Derecho, dentro de la perspectiva expuesta, es el ámbito político-jurídico, cuyo centro es el hombre considerado individualmente, libre e igual ante la ley, cuyos fines deben constituir los del Estado, quien está en la obligación de fomentar e impulsar su desarrollo, y su legitimación depende del cumplimiento de sus fines sociales (González, 2006).

En otras palabras, el ordenamiento jurídico es la fuente de legitimación del poder, pues sin normas o instituciones jurídicas, su acceso y ejercicio solo podría satisfacerse aplicándose la ley del más fuerte, que fue, en primer lugar, la principal razón por la cual el hombre cedió su cuota de poder y libertad, a fin de garantizar su propia subsistencia.

En un Estado de Derecho se reconoce y garantiza las libertades y derechos fundamentales de las personas debidamente positivizados en el ordenamiento jurídico, con lo cual se traza una diferencia sustancial respecto de regímenes absolutistas,

autoritarios y totalitarios. De esta manera la persona humana considerada como el fin supremo de la sociedad encuentra asegurada su libertad inclusive frente al poder del propio Estado, el cual solo interviene en dicho ámbito si cuenta con facultades expresas para ello, siendo que la protección efectiva de los derechos se concretiza mediante las garantías constitucionales ante una vulneración o amenaza inminente.

Al mismo tiempo, es una manifestación del Estado de Derecho la distribución del poder en el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial, que tiene como finalidad garantizar la libertad y los derechos del hombre al impedir que se concentre el poder en una sola institución, evitando que se ejerza arbitrariamente el poder estatal.

Por otro lado, también es una característica esencial del Estado de Derecho la sujeción a la ley dictada por el Congreso, pues esta es la expresión de la voluntad general orientada a regular la actividad estatal para la satisfacción del interés común. De esta forma, se evita la arbitrariedad de aquellos que ejercen la función pública, limitándose su actuación a los parámetros normativos presididos por el texto constitucional, seguido por la ley, las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

Finalmente, tenemos el control de constitucionalidad de las leyes, destinado a asegurar la supremacía y vigencia efectiva de la Constitución mediante el ejercicio del control difuso y el control concentrado; el primero, ejercido por los jueces en cualquier tipo de proceso bajo su deber de inaplicar las leyes incompatibles con el texto constitucional y el segundo a cargo del Tribunal Constitucional, quien a solicitud de un sujeto habilitado por el ordenamiento jurídico, puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otras normas.

a) Estado Social de Derecho

Esta denominación del Estado, también llamado “Estado de Bienestar” se inicia con la Constitución mexicana de 1917 y se reafirma con la Constitución alemana de 1919, en las cuales se reconoce por primera vez los derechos sociales, al lado de los

tradicionales derechos de libertad, destacando la intervención estatal en la vida económica y social para garantizar la vigencia efectiva de estos derechos en condiciones de igualdad.

Para Chávez Rabanal (2014), “la calificación de Estado social de Derecho se encuentra determinada por la Constitución, cuyo texto contiene disposiciones definitorias del orden político”. En palabras de dicho autor, “las normas definitorias de la Constitución son normas de organización cuyas implicancias hermenéuticas permiten la comprensión integrada y sistemática del conjunto de preceptos que se refieren al complejo institucional y suponen un instrumento estructurador del ordenamiento constitucional”. Bajo ese esquema, el Estado social de Derecho “es un mandato de optimización que debe verse reflejado en las actuaciones del Estado y en la protección y garantía de los derechos fundamentales de la persona”.

Históricamente, el Estado social está relacionado con la superación del Estado liberal por los problemas no resueltos que representó este último modelo por su característica de abstencionismo estatal. En consecuencia, el Estado social se caracteriza por un potencial intervencionismo del Estado en el orden económico nacional para garantizar el bienestar social a través de la participación de los poderes públicos.

Díez Moreno (2004) señala que “este modelo supone la intervención del Estado en la vida social buscando el progreso general, desde la simple creación de un marco básico en el que se desarrolla la iniciativa individual, hasta la prestación directa de servicios públicos; asimismo, esto constituye una respuesta a las exigencias derivadas de los derechos sociales que el texto constitucional va progresivamente reconociendo a los ciudadanos, lo que no sólo se refiere al número de tales derechos, sino a la calidad del servicio público, a su grado de exclusividad en la prestación y a sus limitaciones, principalmente económicas”.

El Tribunal Constitucional se ha referido al Estado Social de Derecho, reconociéndolo e inclusive fijando sus alcances en base a los valores y principios constitucionales, tal

como se aprecia en la sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI/TC que se cita a continuación:

“La economía social de mercado es una condición importante del Estado Social y Democrático de Derecho. (...) debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada (...) por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. (...) b) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”.

El Estado social se encuentra concretizado en la referencia social de los derechos fundamentales, en la medida que propone una visión material de la igualdad, reconociendo que no todos los derechos se encuentran en la misma posición jurídica y protegiendo los intereses de los sectores menos favorecidos. Por un lado, se limita derechos de orden clásico como la libertad contractual, la libertad de empresa y el derecho de propiedad que ahora deben ser ejercidos bajo una función social; y, por otro lado, se fortalecen derechos como la libertad sindical y la huelga, proyectándose la eficacia de estos derechos fundamentales y sociales también en las relaciones entre particulares.

En resumen, presenta dos funciones; de tipo garantista, en el sentido que busca proteger y garantizar la plena vigencia de los derechos sociales existentes y de tipo promotora orientada a la progresividad de los derechos sociales existentes.

b) Estado Democrático de Derecho

El Estado democrático de derecho supone el reconocimiento del principio de la soberanía popular, que encuentra en el pueblo la fuente de poder de los órganos

estatales, tal como lo reconoce el artículo 45 de la Constitución vigente. Este modelo se caracteriza, respecto de un estado de corte liberal, por contemplar la participación colectiva de la población en la designación de la función representativa a través del sufragio.

c) Estado Peruano como Estado Social y Democrático de Derecho

Nuestra Constitución Política de 1993 reconoce a la república peruana como un Estado social y democrático de derecho; es decir, basada en la soberanía popular, la distribución de poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la regulación de garantías constitucionales. Estas características no son simples enunciaciones sin contenido, sino que vinculan jurídicamente al Estado y a la sociedad.

En palabras de Landa Arroyo (2014), “en un Estado social y democrático de Derecho, se hace necesario que los derechos fundamentales se involucren activamente en el bienestar y desarrollo de las personas, pues éste no puede permanecer como un testigo de piedra frente a la desigualdad material en la que viven sus ciudadanos. Dicha tarea se irradia no solo al Estado cuando ejerce sus funciones, sino también a toda la comunidad, en tanto le corresponde cumplir y defender lo señalado por la Constitución Política también en el ámbito privado”.

Si bien, este modelo se erige como oposición al modelo liberal y al reconocimiento de los derechos de libertad en un plano formal, esto no quiere decir que la libertad como tal haya perdido relevancia, sino que se la ha imprimido funciones de carácter social. En palabras del Tribunal Constitucional, la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio (Expediente N° 0008-2003-AI).

De este modo, el Estado social y democrático de derecho debe ser entendido como un modelo en el que no solo se busca limitar y controlar al Estado y a la sociedad, sino también promover y crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y

culturales que permitan el máximo desarrollo de la persona con absoluto respeto a su dignidad (Landa Arroyo, 2007).

Bajo este modelo se incorporan valores, principios y fines constitucionales, de manera tal que la Constitución Política se instituye como la norma de mayor jerarquía con carácter vinculante para los poderes públicos y la ciudadanía en general, que delimita la convivencia política y aseguran la cohesión del ordenamiento jurídico. Esto se logra a través de la relativización del valor formal del texto constitucional, por la ambigüedad con que se encuentran redactadas sus cláusulas; esto es así, por la necesidad de que sea posible una interpretación-aplicación que asegure la vocación de perennidad y permanencia en el tiempo (García Toma, 2003).

Los valores constitucionales son fundamentos políticos del Estado insertos en la Constitución, por lo cual son considerados la causa de su institucionalización jurídica. Su esencia radica en la forma de concebir la convivencia política y la estructura del ordenamiento jurídico, coadyuvando a sistematizar el poder estatal y la libertad humana. Los valores constituyen una estimación social sobre las situaciones o conductas que, al ser trascendentes para los fines sociales, se materializan.

García (1995) ha desarrollado las siguientes características básicas de los valores constitucionales:

- “a) Plantean la enumeración de postulados políticos generales, informantes, orientadores y críticos. Expresan un núcleo de explicitación normativa básica y fundante de todo el resto del ordenamiento jurídico de un Estado,
- b) Conducen a la consecución de fines o metas políticas determinadas, amén de manifestar parámetros para la calificación de hechos y conductas derivadas de la relación gobierno – ciudadanía,

c) Plantean la configuración de una estructura interna permanente, estable e inmodificable, empero sujeta a una asignación plural de significados. En atención a la posibilidad de una exploración interpretativa prolífica, se genera la presentación no previsible ni unívoca de su concreción en la praxis política,

d) Presentan un carácter vinculante, eficaz y expresivo, de contenido material, para la praxis político-jurídica. En ese contexto, se encuentran dotados de una "vivencia" y "funcionalidad" de las cuales se desprenden tareas, competencias, atribuciones y deberes de naturaleza constitucional,

e) Plantean una vocación de complementariedad y coordinación. Los valores constitucionales tienen igual jerarquía entre sí; por ende, la materialización de sus contenidos en el ámbito normativo y aplicativo se encuentra sujeta a una mutua acción de colmación y asociación”.

Por otro lado, los principios constitucionales son postulados que tienen sentido y proyección normativa y que, por tanto, constituyen parte del núcleo del sistema constitucional. Estos principios exponen los valores ético-políticos o proposiciones técnico-jurídicas vinculadas con aspectos esenciales del Estado. En algunas ocasiones, son formulaciones desprovistas de delimitación a diferencia de una norma jurídica, que plantean una aplicación diferida a través de normas constitucionales; y, en otros casos, sirven para influir en el sistema jurídico a través de la vía de interpretación.

Los principios constitucionales están orientados a asegurar la eficacia normativa de los valores y fines constitucionales y la vigencia del texto constitucional, siendo pautas rectoras que coadyuvan con la aplicación, interpretación e integración de la norma en el marco del ordenamiento jurídico constitucional. En este sentido, tienen tres principales funciones: a) Informadora del ordenamiento jurídico, b) Normativa por acto supletorio y c) Interpretadora.

Sobre la diferencia entre valores y principios constitucionales, se puede señalar que los valores son de carácter más abstracto y abierto pues constituyen pautas sobre la esencia misma de los bienes y conductas políticas jurídicas, mientras que los principios si bien tienen contenido indeterminado, este resulta más preciso y concreto por la función sobre el ámbito normativo que desempeñan.

Peces-Barba (1984) afirma que “los valores constitucionales son el núcleo de conexión entre el poder y el derecho; comunican la realidad jurídica con la ética y la política, y varían con la historia. De otro lado, los principios constitucionales son postulados que finalmente son concretizados en las normas del ordenamiento”.

Por último, los fines constitucionales son propuestas técnico-políticas que buscan satisfacer los intereses generales, tras su ejecución en el plano de la realidad política. En primer orden se encuentra la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como pilar fundamental de todos aquellos otros fines reconocidos en el texto constitucional y en el modelo recogido en él como Estado social y democrático de derecho.

3.2 Los derechos y principios fundamentales en la Constitución Política

La Constitución es la norma suprema que, inspirada en valores superiores, determina la ordenación jurídica de la sociedad. Esta ordenación jurídica está orientada a regular situaciones de especial trascendencia para la sociedad y los fines superiores estatales, a diferencia de lo que ocurre con el derecho eminentemente privado que tiene su origen en la voluntad de los particulares y su finalidad en la satisfacción de intereses personales.

Nuestra Constitución Política vigente recoge el modelo de Estado social y democrático de derecho, en el cual, la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado. En esa medida, la dignidad humana es la base de todos los derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional y estos

derechos a su vez se constituyen en medios para procurar la defensa de la persona humana como ser individual y social, concretando en cada momento histórico este fin constitucional, a través del reconocimiento positivo de estos derechos.

El Tribunal Constitucional ha establecido en uniforme jurisprudencia que “los derechos fundamentales son instituciones reconocidas por la Constitución y susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y orientan las políticas públicas y toda actuación estatal, así como a la sociedad en general” (Expediente N° 0050-2004-AI).

Landa Arroyo (2014) señala que los derechos fundamentales implican la máxima protección jurídica frente al Estado y a los particulares, pues son al mismo tiempo instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos. De esta manera, estos derechos son, por un lado, valores constitucionales que orientan la actuación del Estado desde la emisión, aplicación e interpretación de las normas jurídicas y, por otro lado, son derechos subjetivos oponibles hacia la sociedad en su totalidad, siendo exigible su respeto no solo al Estado, sino también a los particulares.

Bajo el modelo constitucional vigente, además de los derechos clásicos de libertad, se ha reconocido también los derechos sociales destinados a procurar la existencia y vida digna de los ciudadanos. Dentro de este grupo, resaltan los derechos que regulan las relaciones jurídicas entre el empleador y el trabajador, como consecuencia de la constitucionalización del derecho del trabajo, tal y como referimos en el desarrollo de su evolución histórica. Así, se tiene que, el derecho del trabajo surgió, al igual que el resto de los derechos sociales, para lograr el bienestar y desarrollo de la persona en sus distintos roles, principalmente para quienes no gozaban de condiciones dignas.

Las instituciones del derecho laboral han evolucionado en el tiempo conforme se aprecia de los textos constitucionales, cuyos principios y valores han variado conforme a las ideologías del momento y según los factores políticos, sociales y económicos

vigentes en el debate constituyente. En lo que respecta al derecho del trabajo, este tuvo un desarrollo mucho más predominante en la Constitución de 1979, mientras que en la Constitución de 1993 vigente se mantuvo el carácter social del Estado, pero en mucho menor intensidad que su antecesora.

Uno de los cambios introducidos en la Constitución vigente, tiene que ver con la ubicación de los derechos laborales en la estructura del texto constitucional; así, mientras que en su antecesora de 1979 se ubicaba dentro del capítulo de Derechos Fundamentales, actualmente, se encuentran ubicados en el capítulo de los Derechos Sociales y Económicos, que como bien se ha señalado también, no excluye su calificación como “fundamentales”, en tanto la relación de derechos del actual Capítulo I no es taxativa sino abierta, máxime si los derechos fundamentales adquieren dicha condición por la relación que tienen con la dignidad y defensa de la persona humana.

No obstante, los derechos sociales a pesar de su condición de derechos fundamentales no son operativos y tutelables de manera absoluta, por cuanto no es posible exigir ni al Estado ni a los particulares su ejecución inmediata; en otras palabras, nadie está obligado a contratar u otorgar determinadas condiciones económicas laborales en el marco de una economía social de mercado. Serán operativos siempre que el legislador haya intervenido para que sean tutelados jurisdiccionalmente, como ocurre, por citar un ejemplo, con la remuneración mínima vital, de exigencia obligatoria incluso al margen de las posibilidades económicas del empleador.

Por otro lado, los derechos fundamentales sociales serán programáticos, en tanto constituyan obligaciones mediatas o un deber de hacer vinculado con la disponibilidad económica. Son mandatos de optimización o declaraciones de principios, cuya obligación de ser conferidos está sujeta a las posibilidades económicas, con la expectativa de ser progresivos en el tiempo.

Para cierto sector de la doctrina, la calificación de los derechos sociales como normas programáticas, “niega su carácter vinculante frente al legislador y restringe cualquier expectativa para el individuo que pudiera considerarse exigible en la vía judicial”. Para Bernal Pulido (2008) esta concepción es inadmisibles, en la medida que considera que, “junto a la libertad, el individuo tiene determinadas necesidades básicas cuya satisfacción también debe ser garantizada mediante los derechos sociales fundamentales”.

Se rechaza esta postura, por cuanto los derechos fundamentales programáticos, aún por su condición de tales, no carecen de fuerza vinculante y continúan siendo oponibles al Estado y a los particulares en la medida que se pretenda desconocerlos; por citar el ejemplo más claro, la negociación colectiva en el sector público es un derecho fundamental que está sujeto a las disponibilidades presupuestarias, lo cual no supone en modo alguno que pueda ser desconocido o simplemente restringido en el tiempo, sino que será materializado de manera progresiva sin afectar otros derechos fundamentales de igual o mayor relevancia.

Entonces, los derechos fundamentales y sociales tienen aspectos programáticos y operativos, dependiendo de su configuración legal, que dependerá de los fines prescritos y ordenados por la Constitución al legislador a optar por uno de ellos, en armonía con la economía nacional, privilegiando el carácter progresivo de estos en la medida que apunte a lograr los fines estatales. De esta manera, el respeto irrestricto de estos derechos es tarea del Estado mediante su función legislativa y jurisdiccional, y también de los órganos jurisdiccionales llamados a garantizar la vigencia de los derechos constitucionales.

Para Domingo García Belaúnde, “la vieja tesis de los “derechos económico-sociales” como derechos meramente programáticos, está prácticamente superada”. Asimismo, estos derechos no son operativos en su totalidad pues a pesar de estar vinculados con la existencia material y espiritual de la persona, solo deberán ser tutelados cuando se afecte su contenido esencial, más no cuando se pretenda su eficacia en contra de la

disponibilidad económica; para tal efecto, en mérito al principio de progresividad, existirá una obligación intrínseca de mejorar su situación o al menos de no disminuir su ámbito de protección o desmejorarlos.

3.3 El principio de equilibrio presupuestal y su relación con los derechos sociales y económicos

El presupuesto público es una herramienta de relevancia constitucional que sirve al cumplimiento de las finalidades estatales, estableciendo los ingresos y gastos públicos, así como una concreta distribución y asignación presupuestal, según las prioridades, objetivos y metas del Estado (Pretei, 1977).

Dentro de ese contexto, en un Estado social y democrático de derecho, el equilibrio presupuestal se constituye como una figura limitativa de la intervención del Estado en la asignación de los recursos públicos, orientada a garantizar su optimización en condiciones de equidad, eficacia y eficiencia, atendiendo a las necesidades prioritarias de la sociedad y, por otro lado, manteniendo el equilibrio fiscal para lograr las prioridades, objetivos y metas trazadas. Para Vallés Vives (2003), la actividad estatal en materia presupuestaria consiste en “la detracción de ingresos en las economías privadas y su posterior utilización o inversión en forma de gasto público”.

La Constitución peruana contempla un capítulo sobre el régimen tributario y presupuestal dentro del Título III denominado Régimen Económico. Así, en su artículo 77, la Constitución establece que “la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso”.

Como criterios esenciales que van a orientar su formulación y distribución, la citada norma fundamental establece que “el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”. Esta previsión define una vinculación entre presupuesto, Estado constitucional y derechos fundamentales.

Para Barrantes (2007), el presupuesto público se divide en dos grandes componentes; el primero, atiende al objetivo de eficiencia en la asignación de recurso, es decir, a la necesidad de proveer el nivel de bienes públicos deseados por la sociedad y expresados en el acuerdo político vigente y el segundo, atiende a consideraciones de equidad cuando se financia la provisión de bienes públicos a aquellos que no tributan.

Es en este sentido como lo define el artículo 13, numeral 13.1 del Decreto Legislativo N° 1440, que regula el Sistema Nacional de Presupuesto Público, que señala:

“Artículo 13. El Presupuesto

13.1 El presupuesto constituye el instrumento de gestión del Estado para el logro de resultados a favor de la población, a través de la prestación de servicios y logro de metas de coberturas con eficacia y eficiencia por parte de las Entidades.

Asimismo, es la expresión cuantificada, conjunta y sistemática de los gastos a atender durante el año fiscal, por cada una de las Entidades del Sector Público y refleja los ingresos que financian dichos gastos”.

Por otro lado, en el numeral 13.2, se establece la conformación por el ámbito de presupuestos:

“13.2 Por el ámbito de aprobación de los Presupuestos, estos están conformados por:

1. La Ley de Presupuesto del Sector Público.
2. Los presupuestos de las empresas y organismos públicos de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.
3. El presupuesto del FONAFE y sus empresas, y el presupuesto de ESSALUD”.

En el ámbito nacional, el Sistema Nacional de Presupuesto Público viene a ser el “conjunto de principios, procesos, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos que conducen el proceso presupuestario de las Entidades Públicas”. Su ente rector es la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, cuyas funciones son:

- “1. Programar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar la gestión del proceso presupuestario.
2. Elaborar el anteproyecto de la Ley de Presupuesto del Sector Público y de la Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público.
3. Emitir las directivas y normas complementarias pertinentes.
4. Promover el perfeccionamiento permanente de la técnica presupuestaria y la mejora de las capacidades y competencias en la gestión presupuestaria.
5. Emitir opinión autorizada en materia presupuestaria de manera exclusiva y excluyente en el Sector Público”.

Este Sistema Nacional se rige por los siguientes principios que se encuentran consagrados en el Decreto Legislativo N° 1440:

“1. Equilibrio presupuestario: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.

2. Equilibrio Fiscal: Consiste en la preservación de la sostenibilidad y responsabilidad fiscal establecidos en la normatividad vigente durante la programación multianual, formulación, aprobación y ejecución de los presupuestos de las Entidades Públicas.

3. Especialidad cuantitativa: Consiste en que toda disposición o acto que implique la realización de gastos debe cuantificar su efecto sobre el Presupuesto, de modo que se sujete en forma estricta al crédito presupuestario autorizado a la Entidad Pública.

4. Especialidad cualitativa: Consiste en que los créditos presupuestarios aprobados para las Entidades Públicas deben destinarse, exclusivamente, a la finalidad para la que hayan sido autorizados en los Presupuestos del Sector Público, así como en sus modificaciones realizadas conforme al presente Decreto Legislativo.

5. Orientación a la población: Consiste en que el Proceso Presupuestario se orienta al logro de resultados a favor de la población y de mejora o preservación en las condiciones de su entorno.

6. Calidad del Presupuesto: Consiste en la realización del proceso presupuestario bajo los criterios de eficiencia asignativa y técnica, equidad, efectividad, economía, calidad y oportunidad en la prestación de los servicios.

7. Universalidad y unidad: Consiste en que todos los ingresos y gastos del Sector Público, así como todos los Presupuestos de las Entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuesto del Sector Público.

8. No afectación predeterminada: Consiste en que los ingresos públicos de cada una de las Entidades Públicas deben destinarse a financiar el conjunto de gastos presupuestarios previstos en los Presupuestos del Sector Público.

9. Integridad: Consiste en que el registro de los ingresos y los gastos se realiza en los Presupuestos por su importe total, salvo las devoluciones de ingresos que se declaren indebidos por la autoridad competente.

10. Información y especificidad: Consiste en que el presupuesto y sus modificaciones deben contener información suficiente y adecuada para efectuar la evaluación de la gestión del presupuesto y de sus logros.

11. Anualidad presupuestaria: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público tiene vigencia anual y coincide con el año calendario el cual, para efectos del Decreto Legislativo, se denomina Año Fiscal, periodo durante el cual se afectan los ingresos que se recaudan y/o perciben dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se haya generado, y se realizan las gestiones orientadas a la ejecución del gasto con cargo a los respectivos créditos presupuestarios.

12. Programación multianual: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público tiene una perspectiva multianual orientada al logro de resultados a favor de la población, en concordancia con las reglas fiscales establecidas en el Marco Macroeconómico Multianual y los instrumentos de planeamiento elaborados en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico (SINAPLAN).

13. Transparencia presupuestal: Consiste en que el proceso presupuestario sigue los criterios de transparencia en la gestión presupuestal, brindando a la población acceso a los datos del presupuesto, conforme a la normatividad vigente.

14. Exclusividad presupuestal: Consiste en que la Ley de Presupuesto del Sector Público contiene exclusivamente disposiciones de orden presupuestal y con vigencia anual.

15. Evidencia: Consiste en que las decisiones en el proceso presupuestario orientadas a la financiación y ejecución de políticas públicas, se basan en la mejor evidencia disponible y pertinente.

16. Rectoría normativa y operatividad descentralizada: Consiste en que el Sistema Nacional de Presupuesto Público se regula de manera centralizada en lo técnico-normativo, correspondiendo a las entidades el desarrollo del proceso presupuestario”.

“La norma del Sistema Nacional de Presupuesto cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados para la ejecución de un ejercicio presupuestal concreto. Por ello, todo lo relacionado con la previsión de los ingresos del Estado y la habilitación de los gastos para la ejecución en un ejercicio presupuestal debe estar dentro de un solo y único texto normativo, con carácter anual, que expresamente delimite y guíe la política económico-financiera del Estado” (Caso Ley de Presupuesto Público – Expedientes N° 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC).

El Tribunal Constitucional también ha señalado que las características de la Ley de Presupuesto son las siguientes: (i) es un acto de previsión y ordenamiento destinado a regular la función económica y financiera del Estado; (ii) es un acto de autorización de ejecución del gasto público, concedido por el Congreso mediante ley expresa y especial; (iii) tiene un plazo determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público —que es un año, según se explica (iv) reconoce la existencia esencial de ejecución del gasto público bajo responsabilidad funcional, presentándose para tal efecto medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida; y, (y) hace concordar la programación y ejecución con los criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización (Expediente N° 0004-2004-CC/TC).

La gestión presupuestal de los recursos públicos se encuentra estrechamente vinculada al sostén de servicios públicos eficientes con impacto directo en sus destinatarios, su calidad de vida y sus derechos. De ahí que, de la propia Constitución Política se desprenda que la gestión presupuestaria es un bien de relevancia constitucional orientado a la consecución de resultados y objetivos vinculados al

bienestar y eficacia de los derechos de la población, así como a la orientación de las políticas públicas.

En esa línea de ideas, se puede aseverar que existe una estrecha relación entre la gestión presupuestaria y los derechos fundamentales consagrados en la normatividad vigente, por cuanto la asignación eficiente y equitativa del gasto público y, en general, el cumplimiento de los objetivos del Estado, permitirá a su vez garantizar la vigencia efectiva de los derechos de orden fundamental, pues no solo basta contar con recursos disponibles sino con gestionar y ejecutar eficientemente los mismos.

Esta estrecha relación entre presupuesto y derechos fundamentales genera tensión entre ambos conceptos, concretamente, con relación al principio de equilibrio presupuestal que, como es lógico, no siempre permite la plena satisfacción o progresión de los derechos fundamentales de carácter social. El supuesto que mejor grafica el conflicto entre ambos conceptos es la prohibición de otorgamiento, reajuste o incrementos de beneficios sociales económicos en el Estado, la cual se encuentra regulada en las leyes de presupuesto del sector público emitidas año tras año.

Si bien, es cierto que la jurisprudencia constitucional ha establecido que “no puede invocarse el principio de equilibrio presupuestal para justificar una restricción absoluta a la efectividad de los derechos fundamentales ni para defender la inacción del Estado en relación con sus obligaciones de hacer respecto de tales derechos”, también lo es que, resulta necesario que este principio sea ejercido en el marco de la razonabilidad y proporcionalidad, pues solo una gestión presupuestaria eficiente con los límites que impone la ley podrán garantizar la satisfacción de tales derechos sociales.

En otras palabras, es posible lograr la coexistencia entre el derecho de los servidores públicos a obtener mejoras remunerativas y el principio de equilibrio presupuestal, en tanto este último garantiza la dirección financiera del país y tiene consolidación constitucional en los artículos 77 y 78 de la Constitución Política (Varela Bohórquez, 2020).

Bajo ese esquema, se puede imponer restricciones de orden presupuestal respecto de los derechos sociales, siempre que éstas se encuentren justificadas y sean acordes con las situaciones de insuficiencia económica. Dentro del ámbito de los derechos fundamentales, y en el marco del contexto político y social vigente, podría suscitarse que el Estado se vea en la necesidad de privilegiar la satisfacción de un derecho sobre otro del mismo rango; como ocurrió, por citar un ejemplo, en el contexto de la pandemia de Covid-19 que colocó a nuestro país en una crisis sanitaria sin precedentes que ameritó concentrar esfuerzos importantes de recursos humanos y económicos en el sector salud, afectándose inclusive la planilla de pagos remuneraciones de algunos funcionarios del Poder Ejecutivo con la finalidad de paliar los estragos causados en la economía nacional, tal como se dispuso en el Decreto de Urgencia N° 063-2020.

En consecuencia, el principio de equilibrio presupuestal consagrado en la Constitución Política tiene un sentido histórico, en tanto busca limitar crisis económicas que podrían ser generadas si los Gobiernos procuran que el Estado financie intereses particulares más allá de sus medios y posibilidades y sin privilegiar el interés general; asimismo, tiene un sentido social, pues los recursos son asignados bajo criterios de eficiencia y en atención a las necesidades sociales básicas que demanda la ciudadanía, con lo cual, el respeto irrestricto de este principio resulta indispensable para la consecución de los fines del Estado.

Ello implica que las disposiciones constitucionales relativas al presupuesto público, deben interpretarse en unidad y concordancia con los derechos fundamentales, contenidos esenciales de una Constitución. En tal sentido, la razón presupuestaria no puede oponerse como una limitación de los derechos fundamentales, sino que debe ponderarse o analizarse en relación con los derechos fundamentales sobre los que incide.

3.4 El principio de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos sociales y económicos

Como se ha señalado anteriormente, nuestra Constitución vigente recoge el modelo de Estado social y democrático de derecho, el cual implica, entre otras cuestiones, el reconocimiento constitucional de los derechos económicos y sociales, así como la obligación del Estado de garantizar su vigencia efectiva y protección. En este sentido, la progresividad de estos derechos debe ser entendida como un principio orientador de la actuación del Estado que busca dotar de efectividad a los derechos sociales y económicos, evitando que sean desmejorados en el tiempo.

Esta concepción parte de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 2 se señala lo siguiente:

“Artículo 2º.- Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Para los autores Courtis y Abramovich (2002), “del citado Pacto Internacional, se puede extraer algunas nociones de progresividad; entre ellas, una noción relacionada con la “gradualidad” de las medidas a ser adoptadas por los Estados en determinado momento, así como una noción asociada al concepto de progreso, entendido este como el deber del Estado de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”.

La progresividad, entonces, debe ser entendida como el esfuerzo permanente de los Estados para alcanzar la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales. Como es evidente, esta plena efectividad no podrá lograrse en un lapso corto; sin embargo, el camino debe estar marcado por acciones concretas por parte de los Estados respecto de estos derechos.

Courtis (2006) afirma que el citado Pacto Internacional requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de “progreso”, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales. De esta obligación estatal de implementación progresiva, señala que “es posible extraer algunas obligaciones concretas, entre ellas, la obligación mínima asumida por el Estado de “no regresividad”, o dicho de otro modo, la prohibición de adoptar medidas, ya se trate de políticas, normas jurídicas, prácticas administrativas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva””.

Para Courtis, dado que el Estado se compromete a mejorar la situación de estos derechos simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los derechos ya existentes.

Por su parte, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé lo siguiente:

“Artículo 26.- Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Dentro de este marco normativo internacional, el principio de progresividad será operativizado cuando el Estado adopte medidas tendientes a brindar efectividad en el tiempo a los derechos sociales y económicos, no obstante estar sujetos a los recursos públicos disponibles. Contrario sensu, tal como afirma el profesor Omar Toledo, “constituiría una afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa

tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al trabajador pues, su aplicación en el ámbito del derecho laboral es indiscutible, al ser estos derechos fundamentales”.

Siguiendo a Barbagelata (2008), “un complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada”. Al respecto, Sala (2014) señala que “la prohibición de regresividad en materia de derechos fundamentales está ligada al principio de constitucionalidad y, más ampliamente, al valor de la constitución como límite normativo al poder. La cláusula del Estado social, que se inserta en este complejo de valores, es seriamente puesta en cuestión en el caso de la regresión de derechos sociales, de modo que la supresión de los derechos y/o el retroceso de su tutela no solo podría suponer una arbitrariedad, sino también una auténtica vulneración del contenido del modelo de Estado social y democrático de derecho”.

La progresividad no debe ser considerada como una obligación sino tan solo como un principio orientador que podría verse limitado de acuerdo con la capacidad económica y presupuestal del Estado. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2004-AI/TC y acumulados (Caso Presupuesto Público) que refiere lo siguiente:

“(…) no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos [económicos y] sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan”.

Desde perspectivas constitucionales hay referencias al contenido esencial como parámetro adecuado para interpretar las obligaciones de progresividad y no regresividad de los derechos humanos; no obstante, la definición del contenido mínimo

esencial de un derecho no puede significar un límite, sino el punto de partida para desarrollar progresivamente el más alto nivel de satisfacción del mismo.

De ahí que, como principio orientador, el principio de progresividad deba conducir el objetivo del Estado de lograr la máxima eficacia de los derechos fundamentales sociales, sin dejar de lado la posibilidad de que se adopten medidas regresivas cuando concurren situaciones de carácter excepcional que así lo justifiquen. Entonces, no se puede perder de vista que ningún derecho es absoluto y, por tanto, es posible establecer límites al principio de progresividad de los derechos sociales, pues existen situaciones extraordinarias e imprevisibles que justifican la adopción de medidas regresivas sin que esto implique una transgresión al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Así como el principio de progresividad y no regresividad, dentro de la proyección del principio protector, el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales se instituye como la imposibilidad de que los trabajadores renuncien de voluntad propia a los derechos laborales que la Constitución y la ley les reconocen. Neves Mujica (2003) opina que el principio de irrenunciabilidad es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas (imperativas), y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta pauta basilar.

La Constitución Política vigente en el inciso 2 de su artículo 26 señala que “en la relación laboral se respeta el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. En ese sentido, el principio de irrenunciabilidad procura evitar que el trabajador disponga de los derechos que por mandato de la Constitución o de la ley le han sido conferidos, siempre que éstos estén amparados en una norma de tipo imperativa. Así, en caso la fuente del derecho sea una norma dispositiva, la decisión sobre su disposición recae en el trabajador, decidiendo sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual, mientras que, en el caso de una norma imperativa, ni la voluntad del propio trabajador puede exonerarle del goce del derecho.

Dentro de este marco, Elías Mantero (1996), afirma que este principio busca evitar que el trabajador sea impulsado a pactar en contra de sus derechos fundamentales o a renunciar a los mismos por efecto de la desigualdad en que se encuentra frente al empleador. Plá Rodríguez (1998) afirma que el principio de irrenunciabilidad instaura la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio, un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor.

La función ineludible de este principio es la de constituirse en una herramienta en la valoración de los actos de disposición de derechos; por lo tanto, no puede oponerse ante cualquier afectación de un derecho, sino solo en aquella donde haya concurrido un acto de disposición del titular.

3.5 Límites a la progresividad y criterios de justificación de medidas regresivas

Circunstancias imprevisibles y extraordinarias en el ámbito económico o social, pueden significar la variación de las necesidades de la sociedad y a su vez una demanda hacia el Estado para la modificación de las prestaciones públicas a su cargo. De ocurrir ello, se entendería lícita y legítima la desmejora de algunos derechos sociales consagrados en la Constitución Política, siempre que esta afectación se encuentre alineada con los principios y valores constitucionales y se garantice el respeto de su contenido esencial en salvaguarda de otro derecho de igual rango constitucional.

Para Escobar Roca (2012), “las regresiones sobre derechos fundamentales sociales resultan constitucionales siempre que se justifiquen en algo más que en la apelación a la economía o al principio democrático, o en lo que, definiríamos como razones de índole social”.

Por su parte, Agudo Zamora (2017) afirma que, el carácter social y democrático del Estado de derecho que nuestra Constitución consagra y la obligación que al Estado impone de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los

grupos sean reales y efectivas, implica que a la hora de adoptar una medida regresiva de índole social la motivación haya de ser suficiente.

Precisamente, el apelar únicamente a la afectación del principio de equilibrio presupuestal recogido en el texto constitucional para socavar derechos fundamentales sociales implicaría degradarlos a tal punto de considerar que estos son meramente programáticos. La restricción de estos derechos, además de las disponibilidades presupuestales debe suponer también garantizar la vigencia efectiva de otro derecho fundamental de igual o mayor relevancia de acuerdo con el contexto social vigente.

Bajo ese escenario, algunos criterios objetivos para la justificación de las medidas regresivas que afecten el contenido y la eficacia de derechos sociales y económicos, serían los siguientes:

- a) Que se busque garantizar la vigencia efectiva de otro derecho constitucional de mayor relevancia de acuerdo con el contexto social del momento o se satisfaga un fin constitucionalmente legítimo,
- b) Que la medida adoptada sea necesaria, razonable y proporcional, esto es, que constituya la última alternativa posible y no implique una situación más gravosa que la que se pretende tutelar,
- c) Que los recursos económicos disponibles no puedan ser restringidos en otros gastos no vinculados con derechos sociales y económicos fundamentales,
- d) Que la medida adoptada tenga carácter temporal y limitada y solo hasta que las circunstancias de origen desaparezcan, permitiendo restablecer el contenido y eficacia de los derechos afectados, y, por último,

- e) Que la medida adoptada no colisione con el contenido esencial de los derechos constitucionales afectados.

La adopción de medidas regresivas afecta sustancialmente la eficacia del derecho aun cuando no lo elimine o modifique su contenido; por tanto, concretamente en el ámbito de los derechos laborales, estas medidas han de ser analizadas bajo la óptica de los principios recogidos en la Constitución.

Debe tenerse presente que nuestro ordenamiento jurídico peruano se rige por la teoría de los hechos cumplidos a efectos de determinar la aplicación temporal de una ley. En esa línea, *prima facie*, no sería jurídicamente admisible invocar derechos adquiridos ante la implementación de una medida regresiva, en tanto las normas laborales se rigen bajo el parámetro general de la teoría de los hechos cumplidos, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional en una línea jurisprudencial uniforme, como se señala a continuación:

“73. (...) Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional cuando determinó que “(...) la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma sólo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente – a un grupo determinado de personas– que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente –permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario oficial (...)”

74. Por ende, sólo es de aplicación la teoría de los derechos adquiridos a los casos expresamente señalados en la Constitución. En nuestra Carta Magna no se encuentra disposición alguna que ordene la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos a los casos referidos a la sucesión normativa en materia laboral, por lo que no existe sustento constitucional alguno que ampare lo alegado por el demandante respecto a la supuesta vulneración de sus derechos adquiridos (...)" (Expediente N° 008-2008-AI/TC).

Bajo ese entendido, una medida regresiva en materia laboral no afecta la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos, puesto que este principio laboral implica la disposición voluntaria de un derecho, frente a la cual el titular de éste se encuentra protegido. Sin embargo, en una sucesión normativa laboral dictada por el Congreso en el ejercicio de su función legislativa o por el Ejecutivo bajo una delegación especial de facultades, no interviene la voluntad del titular del derecho, por lo cual no cabría invocar la afectación de este principio. En términos similares lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2007-PI/TC:

“97. (...) El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales tiene por objetivo proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral, dado que al trabajador se le considera la “parte débil” de la relación laboral.

98. En el presente caso se advierte que el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa consagrada en el inciso 1) del artículo 102º de la Constitución, modifica normas en materia laboral, las cuales son de aplicación inmediata a las situaciones jurídicas existentes, lo que resulta constitucionalmente válido, pues el Poder Legislativo actúa en ejercicio de su función atribuida por la Carta Magna.

99. Por tanto los profesores (trabajadores) no están disponiendo de ningún derecho vigente, sino que se trata de una sucesión normativa en materia laboral, por lo que no resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. (...)

101. Así, las normas laborales no resultan inderogables ni inmodificables, pues el Poder Legislativo en ejercicio de su función constitucional puede modificarlas sin que ello suponga una vulneración de los derechos de los trabajadores. En ese sentido también se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, en criterio que este Tribunal comparte, al establecer que, “la ley podrá siempre modificar, adicionar, interpretar o derogar la normatividad legal precedente, sin que sea admisible afirmar que en el ordenamiento jurídico existen estatutos legales pétreos o sustraídos al poder reformador o derogatorio del propio legislador. (...) [Por tanto] no se sigue que las normas legales de carácter laboral sean inmodificables”.

102. Por consiguiente el hecho de que se produzca una sucesión normativa en materia laboral no puede ser considerado como una vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, pues dicho principio tiene por finalidad evitar que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley”.

Ahora bien, al igual que ocurre con el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales cuya afectación es materia de discusión doctrinaria frente a la adopción de una medida regresiva, tenemos por otro lado, el principio de interpretación más favorable consagrado en el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política.

Ante un supuesto de sucesión normativa regresiva en materia laboral no es posible que el principio de interpretación favorable se vea interferido, por cuanto ante una sucesión, no existen dos o más normas en conflicto aplicables a un mismo caso, sino tan solo la nueva norma que pasa a regular la relación laboral. Sobre el particular, la

Corte Constitucional de Colombia en la sentencia dictada en el Expediente C-177/05, señala lo siguiente:

“[E]l principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior no impide la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene otro sentido, pues hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario)”.

Ahora bien, la adopción de medidas regresivas debe tener como parámetro orientador el principio de progresividad y no regresividad, sin que este suponga una restricción para adoptar este tipo de medidas; no obstante, la regresividad debe encontrarse justificada considerando la totalidad de recursos con los que cuente el Estado y las razones de interés social que así lo impongan, lo cual deberá ser evaluado a la luz del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un canon que sirve fundamentalmente para resolver conflictos de derechos y, en algunos supuestos, para determinar la validez de las normas que limitan derechos constitucionales (Añón Roig, 2016).

Bajo este contexto, resulta imprescindible citar a Robert Alexy (1993), quien afirma que “las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio”.

Los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí, con bienes colectivos, o pueden verse afectados por medidas regresivas que, en determinado contexto, son necesarias para garantizar la eficacia de otros derechos. En dicho escenario, debe

recurrirse al principio de proporcionalidad como remedio jurídico para determinar la relevancia constitucional y grado de afectación de los derechos en conflicto.

La aplicación del principio de proporcionalidad se ha materializado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC (Caso legislación contra el terrorismo) sostuvo lo siguiente:

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”.

En igual sentido, en el Expediente N° 1803-2004-AA con relación al control de las potestades discrecionales de la administración, el Tribunal señaló que “la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho, constituyendo un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de sus facultades discrecionales, que exige que las decisiones que se toman respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias”.

Así, en la sentencia del Expediente N° 0050-2004-AI/TC - acumulados (caso del control a la reforma del régimen de pensiones), el Tribunal Constitucional estableció que:

"El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un

parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales".

Entonces, es posible concluir preliminarmente que el principio de proporcionalidad guarda innegable relevancia constitucional, pues opera como parámetro y límite ante la afectación de los derechos fundamentales, provenga esta de los poderes públicos o privados. Este principio involucra también que la medida a adoptarse esté revestida de legitimidad, pues debe guardar armonía con el ordenamiento constitucional. En otras palabras, el objetivo que se persigue con la medida regresiva debe ser legítimo y además suficientemente importante como para afectar un derecho constitucional.

La aplicación de este principio en la resolución de conflictos de derechos ha conllevado a que, dogmática y jurisprudencialmente, se establezca una estructura conocida como el test de proporcionalidad. A nivel dogmático, Robert Alexy (1993) ha establecido una estructura de tres niveles compuestos; en primer término, por los subprincipios de idoneidad y necesidad que permiten la verificación respecto de las posibilidades fácticas de cumplimiento de los derechos fundamentales, así como por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, que versa sobre el análisis de las posibilidades jurídicas de cumplimiento de los derechos fundamentales.

La idoneidad está relacionada con la eficacia de la medida respecto del fin que se persigue, mientras que la necesidad guarda relación con la inexistencia de medios alternativos o la imposibilidad de que los medios existentes estén mejor calificados respecto de la eficacia en el fin constitucional. Finalmente, la ponderación en sentido estricto puede resumirse en el precepto siguiente: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 1993).

Actualmente, la estructura del test de proporcionalidad en sus tres niveles se encuentra presente en la jurisprudencia constitucional, además de haberse incluido dentro de su

estructura, el análisis de razonabilidad. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

"(...) Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél." (Expediente Nº 2235-2004-AA).

a) Examen de idoneidad

Como se señaló anteriormente, la idoneidad consiste en la relación de causalidad entre el medio empleado y el resultado que se busca obtener. Tratándose de la afectación de un derecho fundamental, una medida será idónea siempre que sea congruente con el objetivo propuesto y que satisfaga la protección de otro derecho de igual o mayor relevancia según el contexto social vigente.

En otras palabras, la idoneidad sirve para verificar que la medida adoptada sea apropiada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Dentro de esta línea de ideas, podría afirmarse que este examen comprende dos niveles; en primer lugar, la idoneidad del medio, que supone que la decisión adoptada esté dirigida a satisfacer

un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo lugar, la legitimidad del fin o idoneidad en sentido estricto, que involucra la satisfacción concreta de una finalidad pública y de interés social.

b) Examen de necesidad

Este examen supone una identificación de medios alternativos idóneos para la consecución del fin invocado que persigue la norma en conflicto, determinando si su intervención reviste menor intensidad en relación con la medida adoptada y satisface el principio de igualdad. En otras palabras, la superación del argumento de necesidad se logrará cuando la opción adoptada no afecte el derecho fundamental más allá de lo estrictamente necesario.

c) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

En la sentencia dictada en el Expediente N° 045-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que “la proporcionalidad en sentido estricto consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”. En esta línea, se ha establecido una escala de valores para efectuar la comparación entre los grados de intervención y niveles de satisfacción logrados.

Dicho de otro modo, superada la legitimidad y eficacia de la medida y verificada la imposibilidad de adoptar medidas gravosas, el examen de proporcionalidad deberá ser entendido como una ponderación final entre la satisfacción del fin constitucional que se busca alcanzar y la intensidad de la afectación del derecho constitucional involucrado.

En suma, la adopción de medidas regresivas encontrará una sólida justificación cuando sea adoptada bajo los cánones del principio de proporcionalidad, el cual

encuentra sentido ante una intervención de derechos fundamentales y culmina con un examen de ponderación.

Lo expuesto en el presente capítulo, permite concluir que en un Estado social y democrático de derecho existen valores, principios y fines constitucionales alineados a dicho modelo constitucional, entre los cuales, para efectos de esta investigación se ha destacado, por un lado el principio de equilibrio presupuestal, cuya inobservancia genera un impacto en el presupuesto público y en los derechos fundamentales cuya eficacia depende, en gran medida, de los recursos económicos disponibles del Estado; y por otro lado, el principio de progresividad, que define los esfuerzos del Estado por garantizar la mejora en el tiempo de los derechos sociales sin admitir, salvo bajo circunstancias muy excepcionales, la limitación o regresión de los mismos.

Asimismo, el desarrollo de los criterios de justificación de medidas regresivas permitirá establecer límites objetivos a la aplicación práctica del principio de progresividad, sin desconocer el carácter operativo de los derechos sociales y económicos; para lo cual, el principio de proporcionalidad interpretará un rol importante en la adopción de estas medidas, cautelando por un lado que su aplicación sea idónea, necesaria y razonable y por otro, que se encuentra legitimada por la coyuntura en la satisfacción del interés general y la vigencia efectiva de otro derecho fundamental.

CAPÍTULO IV

LOS GOBIERNOS LOCALES COMO ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.1 Competencias y funciones de los Gobiernos Locales

Según Domingo García (2010), “se entiende por municipio a un pedazo de tierra relativamente pequeño, en el cual una determinada población se conoce, se trata y está en relación continua, adoptando decisiones en común”. En la actualidad, las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que forman parte del aparato del Estado y son consideradas entidades de la administración pública, para la satisfacción de los fines constitucionales y las competencias que le son atribuidas en la Ley Orgánica de Municipalidades.

En el artículo 40 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, se conceptualiza a las Municipalidades como “órganos de gobierno local que se ejercen en las circunscripciones provinciales y distritales de cada una de las regiones del país, con las atribuciones, competencias y funciones que les asigna la Constitución Política”.

En igual sentido, en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se señala que “los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades, siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización”. Es esta misma ley de carácter especial la que establece y norma su estructura, organización y competencias conforme a la Constitución vigente.

Al mismo tiempo, en el artículo III del referido Título Preliminar se establece que “las municipalidades provinciales y distritales se originan en la respectiva demarcación territorial que aprueba el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo y sus principales autoridades emanan de la voluntad popular conforme a la ley electoral correspondiente”. Su finalidad, conforme al artículo V, es “representar al vecindario y promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción”.

Nuestra Constitución Política vigente en su artículo 194 hace referencia a la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos locales en los asuntos de su competencia, la cual se concretiza en la potestad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

Dentro de este marco constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N° 0010-2003-AI, el Tribunal Constitucional refirió que “la autonomía que la Constitución garantiza a las Municipalidades, debe ser ejercida por éstas en función del interés de los vecinos, toda vez que son reconocidas como instituciones representativas de los vecinos de una determinada localidad, y están llamadas a promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales, fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de sus circunscripciones”.

La autonomía municipal consiste en la capacidad de gestionar de manera independiente los asuntos atribuidos por la Ley Orgánica de Municipalidades. En otras palabras, es la capacidad de decidir y regular dentro de su ámbito, ejerciendo las funciones y competencias exclusivas que no pueden ser ejercidas por ninguna otra institución. Esta autonomía presenta tres dimensiones que le permiten al Gobierno Municipal cumplir con los fines que la ley le ha encomendado:

- a) Autonomía Política: Entendida como la potestad para regular a través de la emisión de normas con rango de ley material como las Ordenanzas Municipales, cuya finalidad es garantizar el desarrollo local.

- b) Autonomía Administrativa: Entendida como la potestad para emitir reglamentos, actos administrativos y de organización interna para la ejecución de decisiones dentro de sus competencias.
- c) Autonomía Económica: Entendida como la potestad para generar sus recursos propios a través de la Tributación Municipal y disponer de éstos, además de aprobar sus presupuestos institucionales.

Con la finalidad de que las Municipalidades puedan cumplir con promover la adecuada prestación de servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su jurisdicción, en armonía con las políticas y planes nacional y regionales de desarrollo, la Constitución Política en su artículo 195 le ha conferido competencias generales en las siguientes materias:

- “1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
- 2. Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.
- 3. Administrar sus bienes y rentas.
- 4. Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.
- 5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.
- 6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.
- 7. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.
- 8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.
- 9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.

10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley”.

Asimismo, en concordancia con la Constitución Política, la Ley de Bases de la Descentralización en su artículo 42 establece que las competencias municipales exclusivas son las siguientes:

- “a) Planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes.
- b) Normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos.
- c) Administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local.
- d) Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto.
- e) Formular y aprobar el plan de desarrollo local concertado con su comunidad.
- f) Ejecutar y supervisar la obra pública de carácter local.
- g) Aprobar y facilitar los mecanismos y espacios de participación, concertación y fiscalización de la comunidad en la gestión municipal.
- h) Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad y proponer las iniciativas legislativas correspondientes.
- i) Otras que se deriven de sus atribuciones y funciones propias, y las que señale la Ley”.

Mientras que las competencias compartidas conforme a la Ley de Bases de la Descentralización son las siguientes:

- “a) Educación. Participación en la gestión educativa conforme lo determine la ley de la materia.
- b) Salud pública.
- c) Cultura, turismo, recreación y deportes.

- d) Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente.
- e) Seguridad ciudadana.
- f) Conservación de monumentos arqueológicos e históricos.
- g) Transporte colectivo, circulación y tránsito urbano.
- h) Vivienda y renovación urbana.
- i) Atención y administración de programas sociales.
- j) Gestión de residuos sólidos.
- k) Otras que se le deleguen o asignen conforme a ley”.

Estas competencias constitucionales y legales señaladas en los artículos precedentes se distribuyen en la Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo Título V se denomina “Las competencias y funciones específicas de los Gobiernos Locales”, estableciendo que, las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del citado Título, con carácter exclusivo o compartido, en las materias siguientes:

“1. Organización del espacio físico - Uso del suelo

1.1. Zonificación.

1.2. Catastro urbano y rural.

1.3. Habilitación urbana.

1.4. Saneamiento físico legal de asentamientos humanos.

1.5. Acondicionamiento territorial.

1.6. Renovación urbana.

1.7. Infraestructura urbana o rural básica.

1.8. Vialidad.

1.9. Patrimonio histórico, cultural y paisajístico.

2. Servicios públicos locales

2.1. Saneamiento ambiental, salubridad y salud.

- 2.2. Tránsito, circulación y transporte público.
- 2.3. Educación, cultura, deporte y recreación.
- 2.4. Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.
- 2.5. Seguridad ciudadana.
- 2.6. Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.
- 2.7. Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.
- 2.8. Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.
- 2.9. Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.
- 2.10. Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.

3. Protección y conservación del ambiente

- 3.1. Formular, aprobar, ejecutar y monitorear los planes y políticas locales en materia ambiental y frente al cambio climático, en concordancia con las políticas, normas y planes regionales, sectoriales y nacionales.
- 3.2. Proponer la creación de áreas de conservación ambiental.
- 3.3. Promover la educación e investigación ambiental en su localidad e incentivar la participación ciudadana en todos sus niveles.
- 3.4. Participar y apoyar a las comisiones ambientales regionales en el cumplimiento de sus funciones.
- 3.5. Coordinar con los diversos niveles de gobierno nacional, sectorial y regional, la correcta aplicación local de los instrumentos de planeamiento y de gestión ambiental, en el marco del sistema nacional y regional de gestión ambiental.

4. En materia de desarrollo y economía local

- 4.1. Planeamiento y dotación de infraestructura para el desarrollo local.
- 4.2. Fomento de las inversiones privadas en proyectos de interés local.

4.3. Promoción de la generación de empleo y el desarrollo de la micro y pequeña empresa urbana o rural.

4.4. Fomento de la artesanía.

4.5. Fomento del turismo local sostenible.

4.6. Fomento de programas de desarrollo rural.

5. En materia de participación vecinal

5.1. Promover, apoyar y reglamentar la participación vecinal en el desarrollo local.

5.2. Establecer instrumentos y procedimientos de fiscalización.

5.3. Organizar los registros de organizaciones sociales y vecinales de su jurisdicción.

6. En materia de servicios sociales locales

6.1. Administrar, organizar y ejecutar los programas locales de lucha contra la pobreza y desarrollo social.

6.2. Administrar, organizar y ejecutar los programas locales de asistencia, protección y apoyo a la población en riesgo, y otros que coadyuven al desarrollo y bienestar de la población.

6.3. Establecer canales de concertación entre los vecinos y los programas sociales. 6.4. Difundir y promover los derechos del niño, del adolescente, de la mujer y del adulto mayor; propiciando espacios para su participación a nivel de instancias municipales.

7. Prevención, rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas

7.1. Promover programas de prevención y rehabilitación en los casos de consumo de drogas y alcoholismo y crear programas de erradicación en coordinación con el gobierno regional.

7.2. Promover convenios de cooperación internacional para la implementación de programas de erradicación del consumo ilegal de drogas”.

Considerando las competencias y funciones específicas conferidas a los Gobiernos locales, queda claro que son entidades facultadas para liderar la gestión del desarrollo integral de su jurisdicción, sea distrital o provincial, garantizando el proceso continuo de mejora de las condiciones de vida de su población a través de la adecuada prestación de servicios públicos.

4.2 La prestación de servicios públicos municipales

El artículo 1 de la Constitución vigente señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; de ahí que sea el propio Estado a través de las entidades de la Administración pública el obligado a garantizar la satisfacción del interés general a partir de la creación y prestación adecuada de los servicios públicos. La finalidad directa e inmediata de los servicios públicos es, en consecuencia, la cobertura de las necesidades básicas e insatisfechas de la población para asegurar su vida digna.

El texto constitucional en su artículo 119 establece que “la dirección y la gestión de los servicios públicos está encomendada al Consejo de Ministros de acuerdo a las carteras existentes”. Asimismo, en el artículo 162 se ha encargado a la Defensoría del Pueblo, “el deber de supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”. Finalmente, en el artículo 192 se ha conferido a los Gobiernos Regionales y Locales “la competencia para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos de su responsabilidad”.

En ese entendido, el servicio público explica los deberes primordiales del Estado consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política, tales como “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. Por tanto, se infiere que los servicios públicos son aquellas actividades ejecutadas por las entidades públicas o privadas, bajo supervisión y control de la administración

pública, tendientes a satisfacer en forma permanente y continua, determinadas necesidades de interés general de la ciudadanía, a cambio de una contraprestación.

Guillermo Perry citado por Alvear (2017) define a los servicios públicos como aquellos que satisfacen necesidades colectivas y que conllevan el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente, oportuna, continua y equitativa de estos servicios a todos los habitantes del territorio nacional. Asimismo, Gastón Jèze citado por Fauzi Hamdan (2001) refiere sobre la creación de un servicio público que, “habrá servicio público siempre que la administración satisfaga necesidades de interés general, mediante el procedimiento del servicio público, que implica un régimen jurídico especial de derecho público”.

Para Danos Ordóñez, citado por Huapaya (2017) “la Constitución Política establece dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público: (i) De carácter material, que se encuentra tácitamente en el artículo 58 y que consiste en que debe tratarse de actividades materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos, y (ii) De carácter formal, conforme al cual la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido explicitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

Es en el ámbito de la función pública que se desarrolla el servicio público; es por esto que con el servicio público se satisface los fines constitucionales del Estado a través de su Administración, que es la encargada de poner en marcha la ejecución de estos servicios. En el Perú, este proceso de prestación de servicios públicos ha sido lento, y es recién con el proceso de modernización y las nuevas demandas de la población que el rol del Estado peruano se posicionó como prestador de servicios.

Este cambio motivó la necesidad de relegar la gestión directa a través de las dependencias administrativas a crear personas jurídicas autónomas para la ejecución de estos servicios cuya titularidad permanecía en el Estado. Por ello, como afirma Gordillo (2003) “durante la década de los años noventa, se produce una privatización

de los servicios públicos que deviene en la creación de empresas estatales a cargo de dichos servicios, a fin de promover la reducción de la intervención estatal en el ámbito económico y el diseño de políticas económicas orientadas al crecimiento de la inversión privada”.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 se mantiene la existencia de los servicios públicos locales estableciéndose en el numeral 5 de su artículo 195 lo siguiente: “Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para: (...) 5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad” que se encuentran desarrollados en el numeral 2 del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades y que comprende lo siguiente:

- a) Saneamiento ambiental, salubridad y salud.
- b) Tránsito, circulación y transporte público.
- c) Educación, cultura, deporte y recreación.
- d) Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.
- e) Seguridad ciudadana.
- f) Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.
- g) Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.
- h) Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.
- i) Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.
- j) Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional”.

En consecuencia, de la lectura del ordenamiento jurídico nacional, así como de la doctrina, podría establecerse las siguientes características generales de los servicios públicos municipales:

- a) Están sujetos a regulación estatal para garantizar la satisfacción del interés público en condiciones de igualdad.
- b) La regulación de los servicios públicos municipales depende del interés general de la jurisdicción respectiva, lo cual se evidencia en el control de las tarifas y servicios.
- c) Deben ser prestados de manera regular y continua en el tiempo para que se logre la satisfacción de las necesidades de la población a la que se dirige, indistintamente de la gestión municipal que la ejecute.
- d) No persigue fines de lucro, por lo cual debe privilegiarse el interés general sobre las utilidades que busca la empresa privada que la ejecuta, de ser el caso.
- e) Puede ser ejecutada por organismos públicos o privados, pero siempre bajo control y fiscalización del gobierno local con competencia para ello.

A nivel de los gobiernos locales, se ha regulado que los servicios públicos pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal. En este último caso, los gobiernos locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras para la ejecución y explotación de obras de infraestructura o de servicios públicos locales. Asimismo, es posible la creación de empresas municipales a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del Concejo Municipal y el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores, cuya finalidad inmediata es la prestación de servicios públicos municipales.

Dentro de ese marco, la prestación de servicios públicos municipales está orientada por una serie de principios entre los que, de una lectura indexada del texto constitucional y de la Ley Orgánica de Municipalidades, se destacan los siguientes:

a) Principio de meritocracia

Conforme señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Expediente 00025-2005-PI/TC, “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 las entidades públicas, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas”.

La consecuencia inmediata de la aplicación de este principio permite asegurar que el personal al servicio del Estado en general, y de los gobiernos locales en particular, colabore de manera efectiva y eficiente en la prestación de los servicios públicos, al haberse comprobado su idoneidad para realizar las funciones asignadas, lo cual tiene incidencia en la satisfacción del ciudadano.

b) Principio de transparencia

Este principio está asociado con el control que ejercen los ciudadanos sobre las actuaciones del Estado, lo que se concretiza a través del derecho de acceso a la información pública. Esta obligación estatal de poner a disposición la información en tiempo oportuno para garantizar su confiabilidad, está asociada a su vez con el derecho de participación ciudadana.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “este principio comprende no solo el derecho a informarse de los procesos de toma de decisiones, sino también la capacidad de intervenir e influir en ellos”. No se trata de que sólo cuando un vecino solicita la respectiva información a la municipalidad ésta deba entregarla, sino que

dicha información, apenas producida, deba estar disponible oficiosamente para el vecino, su comunidad, la sociedad en general e incluso otros entes estatales (Gobierno nacional, Contraloría General de la República, otras municipalidades, etc.), en todos los canales de comunicación de la municipalidad (página web o archivos físicos de libre acceso, entre otros), en la forma más entendible y de modo completo (Expediente 00001-2013-CC/TC).

c) Principio de calidad del servicio

La calidad de un servicio está asociada con la satisfacción del ciudadano que lo recibe; en otras palabras, se alcanza cuando existe mayor grado de adecuación de los servicios respecto de los fines que se pretendía lograr.

En el documento “Desarrollo Humano en el Estado Unitario y Descentralizado: el ABC para el bienestar de las personas” publicado por el Jurado Nacional de Elecciones, se ha establecido los siguientes estándares de calidad de los servicios públicos para asegurar el desarrollo humano:

“a) Disponibilidad: Se refiere a contar con la cantidad suficiente de infraestructura, de personal capacitado y bien remunerado, de equipamiento, materiales, medicinas, instalaciones sanitarias y agua potable, entre otros.

b) Accesibilidad: Deben ser accesibles a todas y todos; para lo cual deben garantizar las siguientes cuatro dimensiones, sobre todo para los grupos en situación de mayor vulnerabilidad:

b.1) No discriminación: Ser accesibles de hecho y de derecho, sin discriminación por raza, sexo, color, religión, lengua, origen étnico, opinión, nivel socioeconómico u otra condición.

b.2) Accesibilidad física: Ser geográficamente accesibles o por medio de tecnología moderna, por ejemplo, mediante la educación a distancia.

b.3) Accesibilidad económica: Estar al alcance de todos, sin que el pago sea un impedimento para que la población acceda al servicio en condiciones de equidad.

b.4) Acceso a la información: Relacionado con "...el derecho a solicitar, recibir y difundir información..." así como a mantener la confidencialidad de la información personal.

c) Aceptabilidad: Deben brindarse tomando en cuenta las características de la población, con respeto, pertinencia, adecuación cultural, "...sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida..." y con confidencialidad.

d) Adaptabilidad: Deben adaptarse a las necesidades de las personas, grupos, sociedades y comunidades de diferentes contextos sociales y culturales.

e) Calidad: Deben ser apropiados técnicamente y contar con personal capacitado, equipos, insumos, agua potable y otras condiciones necesarias para brindar un servicio de buena calidad".

Como se puede apreciar, los principios que orientan los servicios públicos municipales, así como sus estándares de calidad están asociados a los fines constitucionales del Estado en relación con la persona humana y su desarrollo integral en sociedad; de esta manera, no cabe duda de que los gobiernos locales forman parte del conjunto de entidades de la administración pública que, en el ámbito de sus competencias, persiguen este fin constitucional de procurar el desarrollo de la población a través de la satisfacción de sus necesidades básicas.

4.3 Eficacia y eficiencia como principios de la gestión municipal

La modernización de la gestión pública consiste en la selección y utilización de todos aquellos medios orientados a la creación de valor público en una determinada actividad o servicio a cargo de las entidades públicas. Así se ha establecido en el Decreto Supremo N° 123-2018-PCM que aprueba el Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública.

En otras palabras, la modernización de la gestión pública es el eje para lograr el desarrollo del país, que requiere de la unificación de objetivos en el Estado y de la normativa que convoque a los gobiernos de nivel central, regional y local para lograr las políticas públicas establecidas en base a las necesidades de la ciudadanía.

En la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública se ha referido que “los ciudadanos demandan un Estado Moderno al servicio de las personas, lo cual implica una transformación de sus enfoques y prácticas de gestión, concibiendo sus servicios o intervenciones como expresiones de derechos de los ciudadanos”. Bajo ese contexto, dicha política caracteriza el Estado Moderno como aquél orientado al ciudadano, eficiente, unitario y descentralizado, inclusivo y abierto. El objetivo es lograr la satisfacción ciudadana que está definida como la valoración que hacen las personas sobre la calidad percibida del bien o servicio que recibe de la entidad pública.

El Instituto de Investigación y Capacitación Municipal - INICAM (1998) define al desarrollo como un proceso encaminado hacia una situación donde los individuos de una sociedad puedan vivir de la forma más parecida a lo que desean, es decir –por una parte- que tengan adecuadas condiciones de vida, satisfechas sus necesidades y aspiraciones, los medios para lograrlo; y que este proceso tenga una evolución continua en el tiempo, es decir sea sostenible.

La Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública se instituye como el instrumento orientador de la modernización de la gestión pública nacional al servicio de los ciudadanos y está dirigida a todas las entidades de la administración pública,

entre las que se encuentran los gobiernos locales, con el objetivo de orientar su planeamiento y ejecución de acciones para mejorar los servicios públicos a favor de los ciudadanos, sin afectar la autonomía que les ha conferido la Ley Orgánica de Municipalidades.

Levitsky (2012) refiere que el Perú tiene uno de los Estados más disfuncionales de América Latina. “Muchas instituciones estatales no funcionan, y en algunas zonas, ni siquiera existen. En muchas partes del interior, los servicios públicos (educación, salud, agua potable, infraestructura) no llegan, y si llegan, son plagados por la corrupción y la ineficiencia. Los gobiernos locales y regionales carecen de un mínimo de capacidad administrativa. Y la seguridad y la justicia —funciones básicas del Estado— no son ni mínimamente garantizadas”.

Cierto es que en Perú los servicios públicos locales no gozan de aceptación por parte de la ciudadanía por cuanto, en su mayoría, carecen de calidad. Esto tiene su origen en la ineficiencia de algunas gestiones municipales y la falta de capacidad para lograr sus objetivos. En consecuencia, la mejora de la calidad del servicio público a través de la modernización del Estado constituye una de las políticas públicas más importantes y relacionadas con la propia finalidad del Estado. Debe tenerse presente que es un mandato constitucional la protección de los derechos fundamentales de las personas, de modo tal que los servicios públicos deben estar orientados a garantizar tal satisfacción en aspectos elementales para el desarrollo de la vida en sociedad.

El camino hacia la modernización de la gestión pública municipal, entonces, está asociado con la calidad de los servicios públicos municipales. Esto tiene relación inmediata con los principios de eficacia y eficiencia que rigen en la administración pública.

La Real Academia Española (RAE) define la eficiencia como “la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado, mientras que la eficacia, es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”, es decir, ambos

conceptos involucran alcanzar una meta, con la salvedad de que la eficiencia, toma en cuenta la maximización del uso de los recursos disponibles.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), conforme a sus publicaciones de gobernanza pública, desarrolla el concepto de Estado Estratégico para referirse a aquellos gobiernos que logran que sus políticas públicas consigan resultados concretos en la población, lo que debe entenderse como eficacia en la gestión. Un Estado Estratégico adopta la gestión estratégica al más alto nivel de gobierno y por ende al planeamiento estratégico para el desarrollo nacional (Joyce, 2015).

Es reflejo de un Estado social y democrático de derecho que sus instituciones se encuentren legitimadas democráticamente a través del cumplimiento de valores y principios consagrados constitucionalmente, de manera tal que se asegure la resolución de los conflictos y satisfacción de las necesidades sociales.

Desde sus orígenes, el aparato estatal está enfocado en alcanzar óptimos niveles de eficacia y eficiencia para la prestación de servicios de calidad; por tanto, en la Ley de Servicio Civil que constituye el pilar de modernización estatal vigente en el ámbito de los recursos humanos, se instaure como finalidad que “las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor servicio civil”, lo cual se asocia inmediatamente con el diseño de un régimen laboral único y exclusivo para las personas que prestan servicios en dicho ámbito.

En el caso de los gobiernos locales, la Ley Orgánica de Municipalidades ha establecido que “la administración municipal se rige por los principios de eficacia y eficiencia”; asimismo, ha regulado expresamente que “los servicios públicos locales pueden ser de gestión directa y de gestión indirecta, siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal”. En otras palabras, queda claro que a nivel de las Municipalidades

el objetivo sigue siendo garantizar el interés de los ciudadanos de la jurisdicción a través de la prestación adecuada de servicios públicos.

El factor determinante para el éxito o fracaso de los servicios que prestan las entidades públicas municipales, está relacionado en gran parte con la calidad e idoneidad de sus recursos humanos. Por tanto, el objetivo no está en colonizar las Municipalidades con servidores públicos, sino que el ingreso de éstos y la función pública en general se concrete en base a los principios de mérito, transparencia y calidad en el servicio.

Adicionalmente, en el Manual de Planificación, Seguimiento y Evaluación de los Resultados de Desarrollo publicado por Ortiz de Zevallos y Pollarolo (2000) se indica que, las posibilidades reales de las municipalidades para cumplir las funciones que le asigna la Ley Orgánica de Municipalidades son casi nulas debido, entre otros factores a la falta de recursos económicos. En ese entendido, el éxito de la gestión municipal y la calidad de los servicios públicos, además de los recursos humanos idóneos, está vinculado con los recursos económicos y presupuestales.

Conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades, los ingresos municipales están conformados principalmente por las transferencias que reciben los gobiernos locales provenientes del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) y los recursos asignados por concepto de canon. En segundo plano están los denominados ingresos propios generados por las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias, multas y derechos creados por su concejo municipal.

El FONCOMUN es un fondo establecido en la Constitución Política del Perú, con el objetivo de promover la inversión en las diferentes municipalidades del país, con un criterio redistributivo en favor de las zonas más alejadas y deprimidas, priorizando la asignación a las localidades rurales y urbano-marginales del país. Los recursos de este fondo son de libre disponibilidad y se distribuye en gastos corrientes o gastos de inversión de acuerdo con las decisiones que adoptan los consejos municipales.

El canon y sobrecanon, es la participación de la que gozan los gobiernos locales y regionales sobre los ingresos y rentas obtenidos por el estado por la explotación de recursos naturales en dicha zona; conforme a ley solo son destinados a gastos de capital o ejecución de proyectos de inversión, además de la posibilidad de destinar hasta el cinco por ciento (5%) para la formulación de estudios de pre inversión y hasta un veinte por ciento (20%) de dichos recursos para el mantenimiento de los proyectos de impacto regional y local priorizando la infraestructura básica.

Mientras que, los recursos denominados ingresos propios también son de libre disponibilidad, pero dirigidos principalmente a financiar el gasto corriente. El mayor problema que presenta este tipo de recursos es el alto nivel de morosidad que enfrentan los gobiernos locales respecto de su recaudación.

Por otro lado, el gasto municipal se define como el conjunto de egresos que por concepto de gastos corrientes (bienes y servicios, personal y obligaciones sociales, pensiones y otras prestaciones sociales, donaciones y transferencias corrientes, etc.), gastos de capital (construcción de edificios y estructuras, adquisición de activos no financieros, adquisición de vehículos, maquinaria, equipos y mobiliaria, donaciones y transferencias de capital) y servicio de deuda (gastos destinados al cumplimiento de las obligaciones originadas por la deudas contraídas), realizan las Municipalidades, para ser orientados a la prestación de servicios públicos y acciones desarrolladas de conformidad con sus funciones.

En el orden de ideas expuesto, los principios de eficacia y eficiencia son pilares esenciales de la gestión municipal y están asociados con los recursos humanos y los recursos económicos destinados a financiar los gastos corrientes y de inversión. Por un lado, la contratación laboral de personal se encuentra estrechamente relacionada con su destinatario final, el ciudadano, pues son los servidores públicos municipales quienes se encargan de la ejecución de los servicios públicos; y, por otro lado, los recursos económicos son los que, correctamente asignados, permiten la concreción de dichos servicios públicos a favor de la ciudadanía, de modo tal que se logre los

objetivos institucionales trazados durante la gestión municipal y que esto se materialice bajo un sistema de optimización de los recursos disponibles.

4.4 Regímenes laborales aplicables a los servidores municipales

En la actividad pública rige el principio de legalidad en virtud del cual las entidades de la administración pública solo pueden hacer aquello que les habilita el ordenamiento jurídico vigente; dentro de ese marco, las relaciones contractuales con sus servidores se encuentran reguladas a través de sus instituciones, por la normativa laboral vigente y lo dispuesto en sus documentos de gestión interna.

El estatus que se le reconoce a quienes prestan servicios en nombre del Estado es el de servidor público, siendo que, por regla general, los regímenes laborales que regulan su relación con el Estado – empleador son públicos, y por excepción, es aplicable el régimen privado.

En el caso de los gobiernos locales debe precisarse que estos organismos ejercen sus atribuciones conforme a la Constitución Política vigente y a la Ley Orgánica de Municipalidades en cuyo Artículo VIII se señala, entre otras cuestiones, que “están sujetos a los sistemas administrativos del Estado que por su especial naturaleza son de observancia y obligatorio cumplimiento”.

Desde su creación, la Ley Orgánica de Municipalidades ha regulado los regímenes laborales del personal que presta servicios bajo su ámbito, aconteciendo diversas modificaciones en el tiempo. En primer orden, el artículo 52 de la Ley N° 23853 disponía lo siguiente:

“Artículo 52.- Los funcionarios, empleados y obreros, así como el personal de vigilancia de las Municipalidades son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública y tienen los mismos

deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente”.

Dicho artículo fue modificado por la Ley N° 27469, quedando redactado de la siguiente manera:

“Artículo 52.- Los funcionarios y empleados, así como el personal de vigilancia de las municipalidades, son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública y tienen los mismos deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen [...]”.

La vigente Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, publicada el 27 mayo de 2003, en su artículo 37, establece lo siguiente:

“Artículo 37.- RÉGIMEN LABORAL.

Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.”

De la lectura de las normas antes citadas, se advierte que en un primer momento el personal obrero de las Municipalidades estuvo sujeto al régimen laboral de la actividad pública y que posteriormente y hasta la actualidad se encuentra sujeto, por mandato de la Ley Orgánica de Municipalidades, al régimen laboral de la actividad privada; no obstante, a pesar de que los obreros municipales ejercen función pública, no forman parte de la carrera administrativa.

El artículo 39 de la Constitución vigente establece que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”; no obstante, no precisa que todos realizan carrera administrativa; y sumado a ello, cuando se refiere al ingreso a la carrera administrativa lo hace en un artículo aparte.

Es en base a estas consideraciones que en la sentencia emitida en los Expedientes N° Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (Caso Ley del Servicio Civil), el Tribunal Constitucional estableció que “los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales deben encontrarse adscritos al régimen del Servicio Civil”, poniendo de relieve que no realizan carrera administrativa y destacando la importancia de mantener un régimen uniforme para la función pública sin exclusiones arbitrarias y atendiendo además a que no pueden ser considerados parte de una carrera especial.

El Tribunal Constitucional refirió en el mismo proceso de inconstitucionalidad que los regímenes especiales solo comprenden a los servidores que realizan labores de naturaleza especial debido a la particularidad de la prestación del servicio. De ahí que, los obreros municipales no debieron ser excluidos de los alcances de la Ley del Servicio Civil, por cuanto no se encuentran adscritos a ningún régimen laboral especial, sino inicialmente al régimen laboral de la actividad privada que pertenece al campo de los regímenes laborales generales.

El hecho de que los obreros municipales presten servicios en el ámbito de las Municipalidades, no implica que deban ser comprendidos dentro de un régimen laboral especial, por cuanto este tipo de regímenes solo comprende a aquellos servidores que realizar una labor de naturaleza especial; es por ello que, desde la creación de la Ley Orgánica de Municipalidades, los obreros siempre han sido incluidos bajo los regímenes laborales generales aplicables al sector público.

Como se mencionó en líneas anteriores, en un primer momento en virtud de la Ley N° 23853 los obreros municipales estaban sujetos al régimen laboral de la actividad

pública; no obstante, dicha situación fue modificada con la Ley N° 27469, en base a la cual se les atribuyó el régimen laboral privado que se mantiene hasta la actualidad.

En consecuencia, resulta importante establecer la razón que motivó la transición de los obreros municipales del régimen laboral público a su inclusión en el régimen privado para lo cual, se ha verificado el Diario de los Debates - Segunda Legislatura Ordinaria del 2000 que motivó la aprobación de la Ley N° 27469, en el cual se aprecia que el principal fundamento sostenido por los parlamentarios de la época estuvo asociado a que los obreros municipales, a pesar de estar incorporados en el régimen laboral de la actividad pública, no habían sido comprendidos dentro de los alcances del Decreto Legislativo N° 276.

En dicho debate se señaló que, debido a su situación jurídica, los obreros no podían realizar carrera administrativa, o dicho de otro modo, impedidos de escalar posiciones de auxiliar, técnico o profesional ni de profesional a funcionario de carrera, por la sencilla razón de que no forman parte de dicha carrera; por tanto, al no poder gozar ni disfrutar de los beneficios sino por el contrario padecer todas las limitaciones inherentes a dicho régimen de escasos beneficios, se insistió en el cambio de su régimen laboral.

En base a lo mencionado, se infiere que el error en la determinación del régimen laboral aplicable a los obreros municipales está relacionado con el escaso o nulo entendimiento sobre la carrera administrativa. Dicho de otro modo, en el tiempo se ha uniformizado la posición que refiere que, al no poder incorporarse al obrero municipal en la carrera administrativa, este solo podría pertenecer al régimen laboral de la actividad privada.

La carrera administrativa es un instrumento técnico normativo de administración del personal en el ámbito del sector público. Se encuentra positivizado en el artículo 40 de la Constitución que señala que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”. El

reconocimiento constitucional de la carrera administrativa busca establecer el estatuto jurídico en el que se desarrollen los aspectos medulares del servicio civil relacionados con los derechos y deberes de los servidores públicos sobre la base de la igualdad y el mérito, a fin de que las entidades alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia y presten efectivamente servicios de calidad.

Es por tal motivo que el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC ha sostenido que “la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional cuyo desarrollo y delimitación de su contenido y alcance específico han sido encargados al legislador”. No obstante, no todos los servidores públicos a servicio de la nación realizan carrera administrativa.

Siendo esto así, si bien existió fundamento para incluir a los obreros municipales bajo el ámbito del régimen privado -en el entendido que su régimen laboral de origen (público) limitaba claramente sus derechos laborales-, esto en modo alguno significa reconocer que los obreros municipales solo podrían ser contratados bajo el régimen laboral de la actividad privada. Lo que es seguro es que no pertenecen al régimen del Decreto Legislativo N° 276; sin embargo, es jurídicamente posible que sean contratados bajo otro régimen laboral público en el que no se limite sus derechos y respecto del cual no exista prohibición normativa expresa para su contratación.

Como se señaló anteriormente, la Ley Orgánica de Municipalidades en su Artículo VIII señala que “los Gobiernos Locales están sujetos a los sistemas administrativos del Estado que por su especial naturaleza son de observancia y obligatorio cumplimiento”. Al respecto, corresponde precisar que en el Estado es el Poder Ejecutivo a quien le corresponde dirigir la política general del Gobierno de conformidad con el artículo 118 numeral 3 de la Constitución vigente.

En base a ello, mediante la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se han instaurado sistemas definidos como “conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la

administración pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno”.

Dentro de estos sistemas, tenemos a los sistemas administrativos cuya finalidad es “regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso”; y a su vez, dentro de este grupo, encontramos el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos cuya finalidad es “establecer, desarrollar y ejecutar la política de Estado respecto del servicio civil; y, comprende el conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades del sector público en la gestión de los recursos humanos”.

El Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos desarrollado por la Ley del Servicio Civil, reconoce de manera expresa como ente rector del sistema, a la Autoridad Nacional del Servicio Civil. En otras palabras, la dirección de la política general del servicio civil le corresponde al Gobierno. Es por ello que quien tiene competencia para organizar, armonizar y uniformizar los regímenes laborales, criterios de ingreso, permanencia, progresión y salida del servicio civil, para todos los servidores del Estado, es el ente rector, en este caso, la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

En base a dichas competencias, este ente rector a través de su Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil se ha pronunciado sobre el régimen laboral de los obreros municipales destacando la posibilidad de su contratación bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios. En consecuencia, la contratación bajo dicho régimen laboral es un reflejo del cumplimiento del Artículo VIII de la Ley Orgánica de Municipalidades, pues este señala que los Gobiernos locales están sujetos a los sistemas administrativos del Estado, entre ellos, el de recursos humanos.

Ahora, en el caso particular de la Ley del Servicio Civil debe mencionarse que sí existe una restricción normativa expresa que limita la contratación de los obreros municipales

bajo su ámbito; esto, por cuanto si bien el Tribunal Constitucional estableció que los obreros no deberían ser excluidos de sus alcances, el 22 de diciembre de 2018 se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 30889, Ley que precisa el Régimen Laboral de los Obreros de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, en cuyo artículo único se señala lo siguiente:

“(…) los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales no están comprendidos en el régimen laboral establecido por la Ley del Servicio Civil, Ley 30057. Se rigen por el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.

El Tribunal Constitucional sostuvo en la sentencia del Expediente 00011-2020-PI/TC que, “si bien el legislador goza de discrecionalidad para la regulación de los regímenes laborales en el sector público, ello no implica la libertad de presentar iniciativas que creen o aumenten el gasto público. La regulación que se efectúe, además, debe ser conforme a los principios que orientan el ejercicio del servicio público. Dichos principios son la meritocracia, transparencia, e igualdad ante la ley. A ello habría que sumarle un principio sobre el que no se acostumbra a indagar, analizar, promover, ni supervisar, como es el principio de control de la capacidad estatal para prestar servicios públicos de calidad”.

Con la exclusión de los obreros municipales de la Ley del Servicio Civil, claramente se advierte una afectación del gasto público pues se continúa limitando su contratación bajo regímenes laborales que no están diseñados para permanecer indefinidamente en el empleo público, además de transgredir los principios que orientan el ejercicio de la función pública y que impacta negativamente en la prestación de los servicios públicos.

Sin perjuicio de lo señalado, debe puntualizarse que, a diferencia de lo que ocurre con la Ley del Servicio Civil, no existe una prohibición normativa expresa para la

contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios.

Las normas citadas a lo largo del presente capítulo son compatibles con el marco constitucional por cuanto la Constitución Política de 1993 establece que todos los servidores públicos están al servicio de la nación y que la ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, y se prevé un sistema único homologado de remuneraciones.

En consecuencia, si bien en la Ley Orgánica de Municipalidades se contempla dos regímenes laborales diferenciados para los servidores de las Municipalidades, lo cierto es que en dicha norma no se excluye a los obreros de su condición de servidores públicos, ni se establece una prohibición expresa para su contratación bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, máxime si la constitucionalidad de dicho régimen ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional y ha sido materia de opinión favorable por el ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.

En consecuencia, los regímenes laborales aplicables a los servidores públicos municipales son los siguientes: i) El régimen público del Decreto Legislativo N° 276 para los funcionarios y empleados; ii) el régimen laboral privado del Decreto Legislativo N° 728 para los obreros municipales; iii) el régimen de la Ley N° 30057 para los funcionarios y empleados y iv) el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 para todos los servidores públicos municipales indistintamente de su categoría; debiendo precisarse que actualmente en las normas presupuestales, se mantiene vigente las limitaciones para la contratación de personal bajo los Decretos Legislativos N° 276 y 728, por lo cual actualmente las contrataciones de personal en el Estado se vienen materializando únicamente bajo el régimen de contratación administrativa de servicios hasta la implementación de la Ley del Servicio Civil.

En atención a lo expuesto, se puede concluir adicionalmente que debería derogarse la Ley N° 30889, en tanto se contrapone a la posición del Tribunal Constitucional y apunta a la exclusión de los obreros municipales del ámbito de la Ley del Servicio Civil; lo cual, considerando el carácter transitorio del régimen de contratación administrativa de servicios, en un futuro próximo, representará un inconveniente en la contratación del personal obrero de las Municipalidades.

4.5 Los obreros municipales y su rol en la gestión municipal

Los obreros municipales forman parte del personal de las Municipalidades conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades, que se ha limitado a definir su régimen laboral. En ese sentido, resulta necesario identificar a este grupo de servidores, en tanto la citada ley no ha delimitado quienes pertenecen a dicha categoría ni las funciones que realizan en el marco de la gestión municipal.

Sobre la calificación de un servidor público como obrero, Toyama Miyagusuku (2010) señala que esta calificación es cada vez menos frecuente, por no decir casi inexistente. En palabras de dicho autor, “la diferenciación entre obrero y empleado se remonta a los orígenes de la disciplina jurídica laboral en donde se definía como obrero a todo subordinado que realizaba un trabajo manual, operario, que ameritaba un gran despliegue físico para realizar el servicio, mientras que se entendía que un empleado se encargaba de las labores “intelectuales”, administrativas, de “oficina” que no exigían de la “fuerza” física para su ejecución”.

En efecto, esta diferenciación entre obrero y empleado municipal en función de la naturaleza del trabajo preponderantemente manual en comparación del intelectual, en la práctica vigente resulta muchas veces ambigua e insuficiente para determinar si nos encontramos frente a un obrero o empleado municipal, por lo cual se requiere de un análisis sobre las funciones que realizan en el ámbito de las Municipalidades.

Esta diferenciación estuvo marcada inicialmente en función de los regímenes laborales que se atribuyó a cada una de estas categorías de servidores (obreros y empleados) en la Ley Orgánica de Municipalidades, así como en los beneficios inherentes a cada régimen, además de la naturaleza de las actividades realizadas. No obstante, la distinción entre obrero y empleado se ha ido disipando en el tiempo al reducirse la distancia entre lo que se entiende por actividad manual e intelectual, y con ello, se ha abierto paso a nuevos criterios a los que inicialmente fomentaron esta distinción.

Rendón Vásquez (1995) sostiene lo siguiente: “Desde el punto de vista técnico, la complejidad cada vez mayor del funcionamiento de los instrumentos de producción hace necesario contar con trabajadores formados profesionalmente en períodos más prolongados. El trabajo de los obreros se ha tornado, por ello, cada vez más intelectual; en las cadenas de producción automatizadas el trabajo apenas llega a ser físico. Contrariamente, no podría decirse que el trabajo de todos los empleados es perfectamente intelectual, o por lo menos más intelectual que el de los obreros de la industria actual. Muchas actividades de los trabajadores de oficina tienen un mayor ingrediente físico que intelectual. La división profesional en las categorías de obreros y empleados que pudo ser válida en el siglo XIX, es hoy totalmente obsoleta [...]”.

En el mismo sentido, Neves Mujica (1997) explica que, el Derecho del Trabajo se ocupa, pues, del trabajo humano. “Este ha sido tradicionalmente dividido en manual e intelectual, según utilice preponderantemente materias o símbolos. En un inicio la distinción se pretendió radical y conllevó condiciones diferentes para unos y otros trabajadores. Ello sucedía cuando el trabajo intelectual era desarrollado por los hombres libres y el manual por los esclavos o los siervos. Pero, posteriormente, la separación entre un tipo y otro de trabajo empezó a relativizarse, por cuanto todo esfuerzo humano tiene en proporciones diversas componentes manuales e intelectuales; y las regulaciones de ambos fueron unificándose y uniformándose”.

Para Gómez Valdez (2007), “la distinción entre obrero y empleado ha estado ligada a la labor realizada por el trabajador, distinguiendo al obrero como el que realiza

preponderantemente trabajo manual, en tanto que el empleado realiza una labor de carácter intelectual. Esta diferencia originó que se les reconozca un régimen propio. Sin embargo, es importante señalar que con el tiempo el obrero ha ido especializándose, de acuerdo con el avance científico o tecnológico, sin que ello implique que dejen de ser obreros, es decir, que cambie su naturaleza jurídica”.

Las posiciones expresadas por los citados autores son válidas y se ven reflejadas en los actuales escenarios de contratación en el ámbito de las Municipalidades, principalmente por el hecho de que las actividades desarrolladas por los obreros municipales han mutado con el tiempo.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que las actividades ejecutadas por los obreros están asociadas a las prestaciones públicas establecidas en la Ley Orgánica de Municipalidades; en consecuencia, si bien estos servicios públicos mantienen su denominación, con el decurso del tiempo involucran distintas actividades y condiciones logísticas para ajustarse a las necesidades de la población de cada jurisdicción municipal.

Por citar un ejemplo, en el ámbito de la seguridad ciudadana y sin pretender establecer una posición respecto de este campo en particular, se ha considerado ordinariamente al sereno municipal dentro de la categoría de obreros municipales por su labor preponderantemente física. Sin embargo, en el tiempo, la seguridad ciudadana como servicio público se ha visto en la necesidad de satisfacer las demandas que en dicho ámbito tiene la ciudadanía de cada jurisdicción; ello, conjuntamente con el avance de la tecnología, ha generado que este servicio público hoy en día también pueda ser ejecutado a través de sistemas de videovigilancia y tecnologías alternativas, lo que genera nuevamente la disyuntiva sobre la prevalencia de la actividad física sobre la intelectual, por cuanto quien ejecuta dicha labor, aparentemente ya no realizaría esfuerzo físico.

Siendo esto así, un primer punto de partida para establecer a quienes se debería calificar como obrero municipal, lo encontramos en el Decreto Supremo N° 017-2017-TR publicado el 6 de agosto de 2017, mediante el cual se aprueba el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo de los Obreros Municipales del Perú, en cuyo artículo 5 se regula los campos desarrollados por los obreros municipales:

“Artículo 5.- Campos desarrollados por los Obreros Municipales

Las actividades de los obreros municipales se desarrollan en los siguientes campos:

a. Limpieza pública. - Barrido de vías públicas; lavado de calles, locales públicos y plazas públicas; recolección, reciclaje, transporte, descarga y disposición final de residuos sólidos; fumigación; entre otros.

b. Áreas verdes. - Mantenimiento de parques y jardines, viveros municipales, áreas comunes y de recreación; ambientación de áreas verdes; fumigación; riego por inundación, cisterna y por punto de agua; poda; mantenimiento de canales subterráneos; entre otros.

c. Obras y mantenimiento. - Reparación de vías públicas; pintura; mantenimiento metalmecánico, mecánico de automóviles y maquinaria en general; carpintería; gasfitería; construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación, recojo y levantamiento de desmonte; habilitación de bienes inmuebles como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, que requieran de dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos; entre otros.

d. Seguridad ciudadana. - Vigilancia y protección vecinal; mantenimiento del orden en la comuna; fiscalización de locales y de transporte; entre otros.

e. Otros Campos. - como el sacrificio, izaje y corte de ganado; lavado de vísceras, almacenamiento y conservación de carne; limpieza, mantenimiento, guía y vigilancia de cementerio; cuidado y limpieza de animales y sus instalaciones; manejo de vehículos municipales; limpieza y mantenimiento de semáforos; entre otras actividades realizadas por los obreros municipales”.

En consecuencia, la calificación de un trabajador como obrero municipal está asociada a la actividad que realiza en el ámbito de las Municipalidades y que se encuentra detallada en los campos contemplados en el Decreto Supremo N° 017-2017-TR. Así, *prima facie*, todo aquel que realiza las actividades detalladas taxativamente en el artículo 5 de dicha norma deben ser considerados obreros municipales, indistintamente del grado de intelectualidad que estas actividades puedan involucrar pues esta es sustancialmente mínima en comparación de la actividad manual o física.

Ahora, como se ha señalado en líneas anteriores, la condición de un obrero determinada en función de la prevalencia de la actividad física ha sido establecida únicamente en la doctrina, pues la Ley Orgánica de Municipalidades no ha señalado cómo debe establecerse esa prevalencia ni ha detallado de manera específica a quiénes debería considerarse dentro de la categoría de obreros municipales. En otras palabras, no existen criterios suficientes sobre esta materia que puedan ser admitidos como válidos, por cuanto inclusive en los campos desarrollados precedentemente podría presentarse el caso de que la actividad municipal concretizada en una labor específica, involucre mayores rasgos de intelectualidad que físicos.

Esta problemática se torna mucho más compleja aún si se tiene en cuenta que en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 que conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades le corresponde a los funcionarios y empleados, existen grupos ocupacionales dentro de los cuales encontramos al Grupo Auxiliar, constituido por servidores que tienen instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo, lo que significa que su labor es preponderantemente manual o física

como en el caso de los obreros municipales, pero que a pesar de ello son calificados como empleados.

En consecuencia, un segundo elemento a considerar para establecer la condición de un obrero municipal es determinar la finalidad de la contratación del servidor municipal, la cual está asociada a las prestaciones públicas a cargo de las Municipalidades. Al respecto, retomando lo desarrollado inicialmente en este capítulo, debe tenerse presente que La Ley Orgánica de Municipalidades ha establecido las competencias y funciones específicas de los gobiernos locales, entre las cuales se encuentra la prestación de servicios públicos entre los que se destaca los siguientes: “Saneamiento ambiental, salubridad y salud; tránsito, circulación y transporte público; educación, cultura, deporte y recreación; programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos y seguridad ciudadana”.

Dentro de este marco, queda claro que a los gobiernos locales les competen funciones generales y específicas asociadas a las competencias que la Ley Orgánica de Municipalidades les ha atribuido. En consecuencia, son algunas actividades relacionadas con estas funciones las que han sido atribuidas a los obreros municipales, conforme al Decreto Supremo N° 017-2017-TR (limpieza pública, áreas verdes, obras y mantenimiento, seguridad ciudadana, etc.) Sin embargo, incluso dentro de este grupo de actividades podría presentarse el caso, por excepción, de que la naturaleza particular de la actividad implique una verificación adicional para determinar si nos encontramos ante un obrero municipal.

Esta verificación adicional guarda relación con la finalidad o interés en la contratación del servidor municipal; en otras palabras, si el interés está asociado con el despliegue de esfuerzo físico o el trabajo intelectual. Así, en cualquier actividad existe un porcentaje de uno y otro elemento, lo que implica analizar si las acciones ejecutadas por el trabajador están alineadas por la predominancia del raciocinio, intelecto y discernimiento que lo aparte del trabajo meramente manual.

Como es lógico, esto no guarda relación directa con el grado de instrucción del personal municipal, sino con el perfil de competencias y habilidades que requiere para ejecutar su labor; por lo cual, incluso el personal con grado de instrucción secundaria podría no formar parte de la categoría de obreros municipales.

En otras palabras, no solo se debe verificar si el trabajador ejecuta labores asociadas a los servicios públicos municipales, sino también identificar cuál es la actividad primordial que desarrolla y cuál es el interés inmediato de esta prestación de servicios. En consecuencia, la calificación de un obrero municipal estaría asociada, en primer lugar, a las actividades contempladas en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 017-2017-TR; sin embargo, dada la naturaleza mutante de dichas actividades en cuanto a su forma de ejecución, necesariamente deberá evaluarse la finalidad de la contratación del servidor municipal y si el interés que la motiva está asociado a su esfuerzo físico o a la actividad intelectual.

Finalmente, debe precisarse que este procedimiento de ningún modo implica que la exclusión de un servidor de la categoría de obreros municipales supone su inclusión automática en la categoría de empleados públicos o funcionarios, en el entendido que, en la actualidad, si bien se mantienen vigentes dichas categorías en el ámbito de los gobiernos locales, también es cierto que, la denominación actual de todo aquel que realiza función pública es la de “servidor público” o “servidor civil”, con lo cual no podría asumirse que todo aquel que no es obrero debe ser considerado empleado; máxime si la carrera administrativa del Decreto Legislativo N° 276, tal como se desarrolló en los capítulos precedentes, se encuentra actualmente cerrada.

En resumen, la calificación de un servidor público como obrero municipal debe entenderse exclusivamente para efectos de optimizar la gestión municipal de acuerdo con sus necesidades y presupuesto. De esta manera, la identificación de la categoría de cada servidor y las actividades inherentes a ella, permitiría lograr una adecuada administración municipal, la cual está integrada por funcionarios, empleados y obreros; esto, en tanto, ha quedado claro que el rol de los obreros municipales está asociado a

la ejecución de los servicios públicos municipales, con lo cual su intervención satisface las competencias y funciones específicas que la Ley orgánica de Municipalidades le ha conferido a los gobiernos locales.

Considerando lo expuesto en el presente capítulo, se concluye que los gobiernos locales forman parte de las entidades de la administración pública, a los que se le ha atribuido competencias y funciones específicas a nivel de la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades, con la finalidad de liderar el desarrollo de la jurisdicción bajo el ámbito de las Municipalidades y la satisfacción de su población objetiva a través de la adecuada prestación de servicios públicos.

Para tal efecto, los principios que orientan la ejecución de los servicios públicos municipales, evidencian que estos están asociados a los fines del Estado en relación con la persona humana y su desarrollo en sociedad. En este sentido, se ha expuesto que los principios de eficacia y eficiencia son esenciales en el desarrollo de la gestión municipal y están asociados principalmente a la contratación laboral del personal para garantizar la ejecución idónea de los servicios públicos, así como a los recursos económicos destinados a financiar los gastos corrientes y de inversión municipal, que correctamente asignados y ejecutados permite el logro de los objetivos institucionales trazados.

Seguidamente, se ha desarrollado normativamente los regímenes laborales aplicables a los servidores públicos municipales que comprende las categorías de funcionarios, empleados y obreros, así como las distorsiones que se viene produciendo a nivel de su contratación en función de lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades en contraposición con otros regímenes laborales creados con posterioridad y, finalmente, se ha convenido establecer los criterios relevantes para calificar a un servidor público como obrero municipal, a efectos de posicionarlo dentro de la gestión municipal, concluyendo que su rol se encuentra asociado a la ejecución de los servicios públicos municipales.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CONTRATACIÓN DE LOS OBREROS MUNICIPALES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

5.1 Constitucionalidad del régimen de Contratación Administrativa de Servicios: Sentencia emitida en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC.

“El régimen laboral al que se encuentra sujeto el personal del Estado es, por regla general, el régimen público regido por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de bases de la Carrera Administrativa; y, por excepción, el régimen laboral de la actividad privada del Decreto Legislativo N° 728, siempre que una norma así lo habilite expresamente”. En estos términos se da inicio a la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, publicado el 28 de junio de 2008, dictado por el Poder Ejecutivo sobre la base de las facultades delegadas por el Congreso de la República mediante Ley N° 29157.

En la referida exposición de motivos, se pone en contexto que la contratación de personal en las entidades del Estado en los últimos años —entiéndase, antes del 2008— se ha venido concretando a través de la utilización de contratos denominados “servicios no personales” cuyo contenido lesiona el goce efectivo de los derechos fundamentales laborales. Se señala también que el Estado, en su condición de garante de los derechos fundamentales, no puede posicionarse como el principal transgresor de los derechos laborales del personal a su servicio.

Este quiebre en las relaciones laborales en el Estado se vio reflejada en los distintos fallos del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, que ordenaron que las personas contratadas bajo la modalidad de servicios no personales sean reconocidas como servidores públicos con los derechos inherentes a los regímenes laborales de las entidades en las que prestan servicios. Como es lógico, el impacto económico de las

resoluciones de la justicia laboral, así como la necesidad de reconocer derechos fundamentales y, a la vez, contar con servidores públicos idóneos que accedan al Estado bajo condiciones de igualdad, generó la necesidad de proponer una fórmula normativa especial que equilibre las protecciones hacia un proceso de reordenamiento del empleo público.

De esta manera, la reforma introducida con el régimen de Contratación Administrativa de Servicios tuvo tres objetivos:

- a) Permitir el acceso de los servidores públicos a la seguridad social, en materia asistencial y pensionaria.
- b) Reconocer derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales pertinentes.
- c) Dotar de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna.

En otras palabras, el objetivo de introducir este régimen laboral especial fue dotar de formalidad a las relaciones entabladas por el propio Estado bajo la modalidad de contratos de servicios no personales; es por ello que, en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1057, se dispone que “las entidades comprendidas en la norma quedan prohibidas de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales, para lo cual se encuentran facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento por contratos administrativos de servicios”.

El objetivo inmediato del régimen especial de contratación administrativa de servicios es garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública. Para ello, en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057 se precisa que “su ámbito de aplicación se extiende a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa

y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado”.

Concordantemente, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM publicado el 25 de noviembre de 2008, precisa que “entre las entidades de la Administración Pública bajo su ámbito se encuentra el Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos, el Congreso de la República, el Poder Judicial, los organismos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales y las universidades públicas”.

El contrato administrativo de servicios se define como una modalidad especial de contratación exclusiva del Estado que se regula por el Decreto Legislativo N° 1057 que se encuentra exento de las disposiciones de los regímenes laborales regulados por los Decretos Legislativos N° 276 y 728, estableciéndose su carácter transitorio con miras a la unificación de los regímenes laborales en el Estado en el marco de la reforma del empleo público instituida con la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

No obstante, como también se señala en esta norma, sí le son aplicables, en lo que resulte pertinente, la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y las demás normas de carácter general que regulen el Servicio Civil, los toques de ingresos mensuales, la responsabilidad administrativa funcional y/o que establezcan los principios, deberes, obligaciones, incompatibilidades, prohibiciones, infracciones y sanciones aplicables al servicio, función o cargo para el que fue contratado, quedando sujeto a las estipulaciones del contrato y a las normas internas de la entidad empleadora.

Inicialmente, el contrato administrativo de servicios era celebrado a plazo determinado y podía ser renovado a sola decisión de la entidad contratante; no obstante, en mérito a la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 31131, publicada

el 9 marzo de 2021, actualmente este contrato se celebra a tiempo indeterminado, salvo que sea empleado para cubrir labores de necesidad transitoria o de suplencia.

El Decreto Legislativo N° 1057 que crea el régimen de contratación administrativa de servicios fue materia de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo, la cual fue resuelta mediante sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 31 de agosto de 2010 en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC.

Entre los argumentos postulados por los demandantes, orientados a demostrar la inconstitucionalidad formal de la norma, en síntesis, son los siguientes:

“a) El Decreto Legislativo N° 1057 fue dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de las facultades delegadas por el Congreso de la República mediante Ley N° 29157, que le otorga la potestad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. No obstante, en dicha ley se detalló las materias específicas respecto de las que se delegaba facultades, lo cual tenía como finalidad evitar excesos por parte del Poder Ejecutivo, de manera tal que los Decretos Legislativos a emitirse guarden relación estrecha con los compromisos fijados en el citado acuerdo comercial, no pudiendo el Ejecutivo regular un asunto que no formara parte de los compromisos asumidos.

b) En relación con lo señalado anteriormente, se cuestiona si la materia regulada por el Decreto Legislativo N° 1057 se encuentra dentro de las materias autorizadas por el Congreso de la República; concretamente, dentro del eje de modernización del Estado previsto en el artículo 2.1.b) de la Ley N° 29157. Para tal efecto, se refirió que la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, no establece la necesidad de crear un sistema de contratación administrativa o de contratación laboral, mucho menos un sistema

que genere mayor carga de servidores públicos sin línea de carrera y sin derechos laborales, desnaturalizándose los objetivos de la modernización estatal, que son los de eliminar la burocracia y optimizar su eficiencia.

c) Se alega que este régimen no forma parte del Tratado de Libre Comercio, en tanto los compromisos adoptados están referidos a proteger y reforzar el sistema laboral, para lo cual el Estado Peruano se compromete a mantener en sus leyes y reglamentos el respeto a los derechos fundamentales de asociación, negociación colectiva y eliminación de discriminación entre empleo y ocupación; sin embargo, en este nuevo régimen laboral se impide al servidor la posibilidad de afiliarse a un sindicato, lo que también le imposibilita iniciar una negociación colectiva, promoviendo una situación de discriminación respecto de los servidores del régimen laboral público, así como con los del régimen laboral privado.

d) En relación a si este régimen genera mayor competitividad del Estado, se hace referencia al Plan Nacional de Competitividad elaborado por Consejo Nacional de Competitividad en el que se establecen las políticas de gobierno y medidas que deben adoptarse en el corto y mediano plazo para proveer competitividad económica a nuestro país, concluyéndose que en este plan no se contempla como medida la de reformar el sistema de contratación laboral estatal, pues el concepto de competitividad económica estaría asociado básicamente a la relación Estado – agentes económicos privados y no a la relación Estado – sector público”.

Por otro lado, los fundamentos de los demandantes, alegando la inconstitucionalidad material de la norma impugnada, en síntesis, son los siguientes:

“a) Luego de aplicar el test de igualdad para establecer si se ha vulnerado el principio-derecho de igualdad previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, se llegó a la siguiente conclusión:

i) Sub examen de idoneidad: No resulta razonable la introducción de un tercer régimen de contratación por cuanto existen dos regímenes laborales para el ingreso y acceso a la administración pública, contenidos en los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728; esto, sobre todo por cuanto este tercer régimen no contempla los mismos derechos que ofrecen los anteriores y promueve expresamente su carácter no laboral, lo que demostraría la no idoneidad de la norma impugnada;

ii) Sub examen de necesidad: El acceso a la administración pública se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 276, norma que además ha sido reconocida por la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público; por ello, no se advertiría la necesidad de crear un nuevo sistema de ingreso, al existir ya un sistema alternativo claro y definido, además de la posibilidad de usar el régimen laboral privado en aquellas entidades expresamente autorizadas para tal efecto;

iii) Sub examen de proporcionalidad: Finalmente, se señala que este régimen laboral no tiene justificación legal o fáctica sino meramente económica por lo que su creación es innecesaria al existir vías alternas de contratación; no debe crearse un nuevo régimen con el propósito de desmejorar el acceso al empleo público, generándose una situación de desigualdad que promueva el tratamiento laboral discriminatorio y vulnere el principio-derecho de igualdad ante la ley.

b) Se alega que los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 1057 introducen un régimen administrativo carente de derechos laborales, lo que vulnera el artículo 22 de la Constitución. Se crea así un régimen de contratación administrativa de servicios, carente de derechos en comparación con otros que sí proveen derechos mínimos, lo que genera una situación de desigualdad dentro del mismo ámbito laboral.

c) Se cuestiona la constitucionalidad del artículo 3 porque, desde que se impone la obligación de trabajar 48 horas a la semana dentro de la sede, se ha reducido el contenido esencial del derecho al trabajo, a través de una legislación regresiva en materia laboral, desprovista de justificación legal. Asimismo, se señala que los servidores bajo este régimen están expuestos a la arbitraria decisión del empleador para ser despedidos, generando una situación de permanente inestabilidad en el empleo.

d) Además, se señala que el citado artículo 3 contraviene el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política, pues consume la desprotección de derechos constitucionales básicos como la sindicación y negociación colectiva, así como la protección adecuada contra el despido, pues en el Decreto Legislativo N° 1057 no se ha contemplado el ejercicio de estos derechos, lo que rebaja la dignidad de los trabajadores. Respecto a la sindicación, también se expone que se ha contravenido el artículo 42 de la Constitución, que reconoce tanto este derecho como el de huelga. En conjunto, estos dispositivos contravienen el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, previsto en el artículo 26.1 de la Constitución.

e) En lo que se refiere al artículo 5, se cuestiona que no establece un límite temporal para la vigencia de este régimen de contratación, perpetuando la situación de los servidores a no gozar de beneficios laborales en comparación con otros regímenes. Esta situación genera un abuso de derecho no amparado por la Constitución –artículo 103– dado que deben respetarse los derechos fundamentales y su acceso a ellos debe ser progresivo, por lo que resulta incomprensible que el Poder Ejecutivo imponga una norma que establezca una situación permanente e ilimitada, ausente de derechos básicos. Lo expuesto también importa la afectación del artículo 23 tercer párrafo de la Constitución.

f) Adicionalmente, se señala que este régimen es inconstitucional por cuanto no contiene ninguna precisión en relación con la extinción del contrato

administrativo de servicios, configurándose la posibilidad de que el trabajador sea despedido por decisión unilateral e injustificada del empleador sin la posibilidad de que reciba una reparación económica por esta decisión. Ello constituye una afectación del artículo 27 de la Constitución.

Finalmente, se refiere que, en caso el Tribunal Constitucional opte por mantener la vigencia de este régimen laboral, esto generaría acciones ante el Poder Judicial tendientes al reconocimiento de los beneficios laborales que correspondan al régimen principal de contratación que predomine en cada entidad estatal, tal como vino ocurriendo con la contratación en la modalidad de servicios no personales”.

Entre los argumentos de la contestación de la demanda, se señalaron, en resumen, los siguientes:

“a) La ley que autoriza la delegación de facultades contiene dos aspectos: las materias específicas que definen el marco de facultades legislativas otorgadas y el plazo en que se puede ejercer la delegación otorgada. Dentro de ese marco, las materias delegadas no pueden estar circunscritas exclusivamente al aspecto comercial, toda vez que la delegación normativa está orientada a gestionar reformas estructurales como, por ejemplo, la facilitación del comercio y la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa y modernización del Estado. En ese sentido, la reforma y modernización del Estado no se limita al ejercicio de competencias vinculadas a la inversión privada, pues el perfeccionamiento institucional del Estado no debe ser visto únicamente desde una óptica de la entidad, dado que el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr fines superiores a él.

b) El régimen de contratación administrativa de servicios no vulnera el principio-derecho de igualdad ante la ley ni los derechos laborales constitucionales, por cuanto es una acción legislativa que promueve la igualdad real de

oportunidades para acceder a la contratación administrativa de servicios en las entidades estatales, garantizando los principios de méritos y capacidad, así como el profesionalismo en la administración pública.

c) Con este nuevo régimen laboral se pretende incorporar a los servidores antes contratados bajo la modalidad de contratos civiles o servicios no personales, dentro de los cánones que establece la Constitución, reconociéndolos dentro de un régimen especial aplicable a todas las entidades públicas que los beneficia con el reconocimiento de un horario y jornada de trabajo, vacaciones y la afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud”.

Teniendo en cuenta los argumentos invocados por ambas partes, el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad señalando, en suma, lo siguiente:

a) Sobre la constitucionalidad formal del régimen de contratación administrativa de servicios

En virtud de la Ley N° 29157 publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, cuya finalidad es facilitar la referida implementación. En dicha norma, se estableció las materias, así como el plazo durante el cual se delegan las facultades.

A consideración del Tribunal Constitucional, en el artículo 2.1.b de la norma citada que contiene las facultades delegadas, se exponen las materias que comprenden, todas vinculadas a la “mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado”, ello dentro de “los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento (artículo 2.2)”.

Bajo la interpretación de ambas disposiciones, el Tribunal Constitucional concluye que la primera está referida a la facultad delegada, mientras que la segunda se refiere al objetivo de dicha facultad, razón por la cual la modernización de la gestión del Estado abarca, además de aspectos de gestión, temas como la falta de transparencia, el exceso de trámites burocráticos, la desorganización existente dentro de las instituciones públicas para el cumplimiento de fines y metas, etc.

Desde dicha perspectiva, se establece que un componente importante del proceso de modernización es el funcionamiento del aparato burocrático del Estado, en el que antes de la entrada en vigencia del régimen cuestionado, coexistían dos regímenes laborales de distinta naturaleza, además de la potestad del Estado de contratar bajo una modalidad civil que limitaba cualquier derecho laboral.

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional no resulta admisible concluir que la facultad delegada está vinculada únicamente con situaciones del ámbito laboral privado como alega la parte demandante, sino que, esta se extiende a la solución de problemas estructurales del Estado vinculadas con los derechos fundamentales de sus trabajadores. Por tanto, se declara la constitucionalidad formal del Decreto Legislativo N° 1057.

b) Sobre la constitucionalidad material del régimen de contratación administrativa de servicios

A efectos de analizar la constitucionalidad material del régimen de contratación administrativa de servicios, el Tribunal Constitucional establece como punto de partida determinar si este se trata de un contrato administrativo o un contrato laboral, para lo cual considera tener en cuenta no solo la nomenclatura utilizada en la norma, sino el contenido de sus dispositivos.

Tal como refiere el Tribunal Constitucional, la contratación administrativa constituye un régimen especial que se aparta del régimen de contratación regulado por la ley civil, a

fin de regular la especial relación que existe entre el Estado y el servidor público. Así, se establece que la finalidad de este contrato es emplear a un tercero para que, en representación del Estado, ejecute un servicio público a cambio de una contraprestación; y, por tal motivo, dada su particularidad, se justifica su consideración como un régimen especial.

Para determinar la naturaleza del contrato administrativo de servicios, considera el Tribunal que debe analizarse el contenido de este contrato, así como el marco jurídico que le sirve de contexto; teniendo como resultado que, tanto del Decreto Legislativo N° 1057 como de su Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, se desprenden características inherentes a un contrato de trabajo, en la medida que regula aspectos tales como la jornada de trabajo, descansos semanales, entre otros. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional estima que, más allá de la denominación conferida a estos contratos, debe considerarse que son de naturaleza laboral.

Asimismo, el Tribunal Constitucional estimó relevante determinar si estos contratos están vinculados con un régimen laboral preexistente o si se trata de uno nuevo. Para tal efecto, menciona que el ordenamiento jurídico peruano contiene dos regímenes laborales generales regulados por los Decretos Legislativos N° 276 y 728. “El acceso, características, derechos y obligaciones, finalización de la relación laboral, etc., están regulados en cada caso de manera específica y expresa, lo que a su vez ha dado lugar a que los mecanismos de protección de tales regímenes sean diferentes y específicos”, como de alguna manera lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el denominado Caso Baylón (Expediente N° 206-2005-PA/TC).

En efecto, el Tribunal Constitucional deja claro que los servidores del Estado pueden encontrarse vinculados a cualquiera de los regímenes laborales generales, lo que básicamente depende de la entidad en la que prestan servicios, dándose supuestos en los que incluso es posible la coexistencia de ambos regímenes laborales en la misma institución. De ahí que se establece como primera conclusión que “no resulta

inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N° 1057 como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes”.

A continuación, se analiza los mecanismos de ingreso al sector público en los Decretos Legislativos N° 276 y 728, concluyéndose que, en los últimos años, las leyes de presupuesto han tenido como objeto limitar, genéricamente, el ingreso de personal al Estado. Por tanto, se establece como segunda conclusión que, para el ingreso al sector público en ambos regímenes laborales generales, se requiere una plaza vacante y presupuestada, además del concurso público de méritos respectivo.

En esa línea de ideas, comparando el Decreto Legislativo N° 1057 con los regímenes generales antes citados, se infiere que este nuevo sistema de contratación no es complementario, sino que tiene sus propias reglas, por lo que es un régimen laboral independiente.

Siendo esto así, deja claro el Tribunal que no resulta posible que la norma sea aplicada en los términos en que fue promulgada, por cuanto su naturaleza es distinta de la denominación que se le ha conferido, siendo que, al considerarse como régimen de naturaleza laboral, se exige que sea interpretada bajo el contenido de la Constitución de manera que se establezca el sentido correcto de las normas impugnadas.

Como se mencionó inicialmente, este nuevo sistema de contratación laboral nace principalmente para sustituir a los contratos por servicios no personales regulados por el Código Civil, solo en el caso de aquellas actividades que importan la existencia de un vínculo laboral. Siendo esto así, pasar de un contrato autónomo a otro en el que existe subordinación con el reconocimiento de derechos de naturaleza laboral frente a otro que no reconoce ninguno de ellos, implica una progresión en la protección de los derechos laborales, lo que amerita evaluar su contenido dentro del marco constitucional.

El Tribunal Constitucional señala que, “al compararse este sistema de contratación con los regímenes laborales anteriores, como resulta evidente, estos últimos protegen en mayor medida los derechos de los servidores públicos; sin embargo, si comparamos este nuevo régimen de contratación con la modalidad de servicios no personales, la comparación sería más favorable al Decreto Legislativo N° 1057”. No obstante, menciona también el Tribunal que la constitucionalidad de esta norma no se determina por su comparación con otra modalidad de contratación, sino desde su análisis bajo el canon de la Constitución vigente de 1993.

Desde esa perspectiva, se señala que algunos de los derechos laborales reconocidos a nivel constitucional se encuentran regulados en el Decreto Legislativo N° 1057, como son la jornada de trabajo y el descanso semanal y anual; sin embargo, la parte demandante objeta el reconocimiento del descanso vacacional de quince días en comparación con los treinta días que contemplan otros regímenes laborales.

Al respecto, señala el Tribunal que “la Constitución no establece un tiempo, sino la necesidad de que el descanso se concrete con cierta periodicidad”, por tanto, en base a lo que dispone la Organización Internacional de Trabajo en el Convenio sobre las vacaciones pagadas, solo existiría obligación de garantizar un descanso mínimo de 6 días laborales, por lo que siendo el tiempo contemplado en el Decreto Legislativo N° 1057 superior al reconocido en la norma internacional, no resulta contrario ni a la Constitución Política ni a los tratados internacionales.

No ocurre lo mismo con respecto de los derechos de sindicación y huelga, por lo que afirma el Tribunal Constitucional que en este aspecto sí existe una evidente omisión constitucional que debe ser subsanada por la autoridad administrativa en concordancia con el artículo 28 de la Constitución. En consecuencia, se concluye que es necesario dictar la regulación pertinente para la protección de los derechos fundamentales colectivos citados en el sistema de contratación laboral regulado por el Decreto Legislativo N° 1057.

El Tribunal establece la necesidad de dictar una sentencia interpretativa, de manera tal que no se afirme ni niegue la constitucionalidad del régimen de contratación administrativa de servicios, sino que, bajo el mecanismo de la interpretación, se busque complementar la legislación; ello, teniendo en cuenta principalmente que declarar la inconstitucionalidad de este régimen significaría generar un vacío normativo que dejaría sin derechos laborales a quienes han sido contratados bajo su ámbito.

Bajo estos fundamentos, el Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad, interpretando los alcances de la contratación administrativa de servicios como un régimen especial de contratación laboral para el sector público, compatible con el marco constitucional y disponiendo que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dicte la reglamentación necesaria que permita a los trabajadores sujetos a este nuevo régimen laboral, el ejercicio del derecho de sindicación y huelga regulado en el artículo 28 de la Constitución.

Por tanto, a partir de la publicación de dicha sentencia, ningún juez del Poder Judicial o Tribunal Administrativo de carácter nacional adscrito al Poder Ejecutivo debería inaplicar el Decreto Legislativo N° 1057, en tanto su constitucionalidad ha sido confirmada por el máximo intérprete constitucional, siguiendo lo establecido en el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar y el artículo 82 del Código Procesal Constitucional vigente al momento de dictarse la sentencia, así como en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En la sentencia desarrollada preliminarmente, se verifica que el Tribunal Constitucional analiza la constitucionalidad formal y material de la norma. En el aspecto formal, básicamente refiere el Tribunal que el Poder Ejecutivo se encontraba habilitado para dictar el Decreto Legislativo N° 1057 que regula la contratación administrativa de servicios, en el entendido que las facultades delegadas por el Congreso de la República estaban referidas al proceso de modernización del Estado.

Si bien en su momento no se reguló de manera taxativa que el ordenamiento del empleo público formara parte de este proceso, resulta correcta la inferencia realizada por el Tribunal Constitucional al establecer que la mejora del funcionamiento del aparato estatal a través de mejores condiciones para sus servidores, forma parte del proceso de modernización. De ahí que, en la actualidad, la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021 contempla, como uno de los componentes de la Gestión Pública orientada a resultados, el servicio civil meritocrático.

En el aspecto material de la norma, se coincide en que esta modalidad de contratación constituye un régimen laboral especial, pues indistintamente de su denominación, el íntegro de sus disposiciones se encuentran destinadas a regular la relación existente entre el Estado y el personal a su servicio bajo dicho ámbito. Asimismo, para reafirmar la naturaleza laboral de este régimen se dispuso la integración de los derechos de sindicación y huelga reconocidos en la Constitución, en vía de reglamentación, lo que tuvo como consecuencia que la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en su condición de organismo técnico especializado rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, elabore la propuesta normativa que da cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, y a la vez introduce modificaciones necesarias al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 para mejorar la gestión del régimen de contratación administrativa de servicios. Todo ello fue materializado en el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, que establece modificaciones al Reglamento del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios.

5.2 Inconstitucionalidad de la Ley N° 31131 e intento de erradicación del régimen de Contratación Administrativa de Servicios: Sentencia emitida en el Expediente N° 00013-2021-PI/TC

El régimen de contratación administrativa de servicios no fue introducido en el empleo público con miras a su perpetuidad, sino como una medida temporal que permita entablar y ejecutar una reforma integral en las relaciones laborales en el Estado, la cual fue impulsada por el Congreso en el año 2013 con la entrada en vigencia de la

Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, y por la Autoridad Nacional del Servicio Civil con la gestión de su implementación y tránsito en las diversas entidades, desde entonces.

No obstante, el 9 de marzo de 2021, se publicó la Ley N° 31131, que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, cuyo objetivo fue disponer la incorporación del personal de las entidades públicas contratado bajo el Decreto Legislativo N° 1057 en los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N° 276 y 728.

La entrada en vigencia de la Ley N° 31131, aprobada por insistencia por el Congreso de la República, significó un duro golpe a la reforma del empleo público liderado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil, por el hecho de propiciar la permanencia de regímenes laborales obsoletos que no están alineados con los objetivos del Estado para la mejora de los derechos de sus servidores, además de generar un menoscabo al presupuesto público por la potencial reformulación de la planilla de pagos que implica el tránsito de los servidores contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios hacia los regímenes de los Decretos Legislativos 276 o 728.

Como es lógico, el principal impacto de esta ley se encuentra en la prohibición para las entidades públicas de continuar celebrando contratos administrativos de servicios, lo cual, tiene efectos contraproducentes en la continuidad de la prestación de servicios en el Estado. Esto último si se tiene en cuenta que, para que el Estado cumpla sus fines y objetivos, necesariamente requiere del accionar permanente de las distintas entidades que conforman la administración pública y estas, como es lógico, a su vez requieren del personal a su servicio (servidores públicos) para poner en marcha la maquinaria del Estado y lograr la satisfacción de la ciudadanía en general.

No puede dejar de reconocerse que la reforma del empleo público ha tenido más desaciertos que resultados concretos; sin embargo, esto no es argumento suficiente para retroceder y desconocer el proceso de reforma con la eliminación del único

régimen laboral que permite garantizar la prestación de servicios en el Estado en la actualidad.

La referida Ley N° 31131 fue materia de una demanda de inconstitucionalidad promovida por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República, que fue resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00013-2021-PI/TC. En dicha sentencia, se analizó la constitucionalidad de la norma, en mérito a los siguientes ejes:

- a) La competencia constitucional del Poder Ejecutivo para dirigir el sistema administrativo de gestión de los recursos humanos en el sector público

Como señala el Tribunal Constitucional, resulta innegable que, a nivel normativo, el Poder Ejecutivo tiene la competencia para dirigir el sistema administrativo de gestión de los recursos humanos en el sector público; es decir, para adoptar todas las medidas institucionales necesarias a fin de articular y gestionar la labor realizada por los funcionarios y servidores públicos, la misma que está al servicio de la ciudadanía.

Por tanto, las disposiciones contenidas en la Ley N° 31131 afectan la reforma del servicio civil, la cual ha sido diseñada e impulsada por el Ejecutivo desde la creación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, con el objeto de ordenar y uniformizar el régimen laboral en el sector público. De ahí que, en la sentencia que resolvió ratificar la constitucionalidad de la Ley del Servicio Civil, el propio Tribunal Constitucional recalcó que “la necesidad de crear un sistema único que permita fortalecer el trabajo estatal en la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la prestación de servicios laborales, tiene como origen el caos del empleo público generado por los diversos regímenes laborales que subsisten y suelen colisionar entre sí”.

Siendo esto así, la Ley N° 31131, al promover el tratamiento desarticulado y sin la planificación debida que todavía subsiste en la gestión de recursos humanos en el

Estado, afecta la competencia constitucional del Poder Ejecutivo para diseñar y dirigir la política laboral pública. En otras palabras, es inconstitucional.

- b) La carrera administrativa como bien jurídico constitucional basado en la meritocracia y el derecho de acceso a la función pública o servicio público

La función pública consiste en el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado, por lo cual no está relacionada con el tipo de contrato que vincula al servidor con la Administración, sino con la sola prestación de servicios que se realiza en el sector público. Al respecto, el Tribunal Constitucional estableció en la sentencia del Expediente N° 0025-2013-PI/TC que “no toda persona que realiza función pública se encuentra en la carrera administrativa”; ello, considerando que en el artículo 39 de la Constitución no se ha expresado que todos los funcionarios y trabajadores públicos realizan carrera administrativa.

Para el Tribunal, entonces, la carrera administrativa es un bien constitucional; por lo cual, se ha delegado al legislador la facultad de regular el ingreso, los derechos, los deberes y las responsabilidades de los servidores públicos, en estricto respeto de los principios, reglas y valores constitucionales.

En otras palabras, el legislador no goza de discrecionalidad absoluta para regular el ingreso a la carrera administrativa ni puede presentar iniciativas que creen o aumenten el gasto público. La regulación asociada a la carrera administrativa debe guardar armonía con los principios que orientan el servicio público, como la meritocracia, transparencia e igualdad ante la ley. Es así que la Ley N° 31131 constituye una manifestación de la arbitrariedad de la función legislativa, pues ordena la incorporación de personal contratado bajo la modalidad de contratación administrativa de servicios en los regímenes laborales regulados por los decretos legislativos N° 276 y 728, sin tener en cuenta los principios propios de la función pública.

El tránsito automático de los servidores a los citados regímenes generales, sin haber accedido al empleo público mediante un concurso público de méritos diseñado para identificar si el personal al servicio del Estado reúne el perfil adecuado para ejercer función pública, representa una fórmula de acceso contraria al marco normativo sobre el cual se desarrolla la gestión de recursos humanos y, asimismo, perjudica el proceso de implementación del régimen laboral único regulado por la Ley del Servicio Civil. En consecuencia, al prescindirse de la exigencia de meritocracia en el acceso a la función pública, la Ley N° 31131 resulta inconstitucional.

- c) La administración de la hacienda pública como competencia constitucional del Poder Ejecutivo y la prohibición de iniciativa de gasto público que alcanza al Congreso de la República

El principio de separación de poderes reconocido constitucionalmente no se concreta solo a través de la distribución de competencias, sino que se hace efectivo con el balance de poderes, la colaboración y la solución democrática de los conflictos.

En materia presupuestal, la Constitución Política en el numeral 17 de su artículo 118 establece que corresponde al Ejecutivo la administración de la hacienda pública. Es así que el Ministerio de Economía y Finanzas es el responsable de planear y presentar el proyecto de presupuesto, así como de destinar los recursos del Tesoro Público; para tal fin, el presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley del Presupuesto antes del 30 de agosto de cada año, conforme al artículo 78 de la Constitución.

Del marco normativo señalado, se advierte que la competencia sobre la administración de la hacienda pública le corresponde al Ejecutivo, lo cual se ratifica en lo dispuesto en el artículo 79 del texto constitucional, que señala que “el Congreso de la República no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos”, por cuanto una iniciativa como la contenida en la Ley N° 31131 supone una intromisión en el manejo de la hacienda pública y, además, afecta los principios de equilibrio y unidad presupuestal.

Es innegable que la Ley N° 31131 constituye una vulneración manifiesta de la competencia del Ejecutivo sobre la administración de la hacienda pública, así como de la restricción de gasto en el ejercicio de la función legislativa.

Como, lamentablemente, suele ocurrir en los dictámenes emitidos por el Congreso de la República, se señaló en el análisis costo-beneficio de la propuesta legislativa contenida en la Ley N° 31131 no generaría ningún gasto para su implementación, sino que se financiaría con el presupuesto asignado a cada sector y que, de ser necesario, las entidades estaban facultadas a realizar las modificaciones presupuestales que sean necesarias para su implementación

Por su parte, el Poder Ejecutivo fue concluyente en su observación a esta ley, al señalar que “desde el punto de vista presupuestal, la financiación de los regímenes laborales generales requiere de mayores recursos para financiar el total de gastos vinculados a la planilla del personal, como es el caso de las gratificaciones legales, bonificación por escolaridad, compensación por tiempo de servicios, Incentivo Único (CAFAE), asignación familiar, entre otros; por lo que resultaría necesario asignar los recursos públicos necesarios a las entidades del Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y Locales, en tanto este financiamiento no se encuentra previsto en las normas presupuestales aprobadas con anterioridad”.

El Congreso de la República no tomó en cuenta la observación formulada por el Ejecutivo y decidió aprobar por insistencia la Ley N° 31131, desvinculándose del principio de separación de poderes y ejerciendo su función legislativa al margen de la Constitución en lo que se refiere a la competencia sobre la administración de la hacienda pública y la prohibición de crear o aumentar gastos públicos, por lo que es a todas luces inconstitucional.

d) El principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria

“El principio de equilibrio presupuestal implica que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país” (Expediente N° 00004-2004-PCC/TC).

Para el Tribunal Constitucional, este principio es fundamental en nuestro modelo constitucional, ya que permite una distribución equitativa del presupuesto y limita el gasto desmedido de los recursos públicos.

Como se señaló en el desarrollo inicial de la presente investigación, la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales requiere de capacidad presupuestal, para lo cual en las leyes de presupuesto anuales se busca maximizar el uso de recursos para atender las obligaciones del Estado. Así pues, el respeto al equilibrio presupuestal supone que las medidas adoptadas por el Estado promuevan el cumplimiento de sus diversos objetivos.

Respecto del proyecto de Ley N° 31131, el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, indicó que la implementación de dicha ley irrogaría gastos adicionales no previstos al Tesoro Público, debido a la incorporación automática de servidores que laboran bajo el régimen de contratación administrativa de servicios en los regímenes de los decretos legislativos N° 728 y 276. Esta observación no fue admitida por el Congreso, que insistió en la aprobación de la ley a pesar de la generación de gasto público no previsto en el pliego presupuestal. Por tanto, al transgredir los principios constitucionales en materia presupuestaria, esta norma es inconstitucional.

Adicionalmente, en la sentencia materia de análisis, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el carácter indeterminado atribuido al contrato administrativo de servicios, para lo cual en vía de interpretación estableció los lineamientos para la aplicación de la Ley N° 31131. Finalmente, hizo especial énfasis en el hecho de que hasta la actualidad no se cuenta con una fecha determinada para concluir la

implementación de la Ley del Servicio Civil en las entidades públicas, ni un plazo para la eliminación del régimen de contratación administrativa de servicios, recalcando que la solución a esta problemática en el empleo público no es retrotraer los avances realizados en esta materia con la permanencia de regímenes obsoletos como el 276 y 728, sino delimitar el objetivo de la reforma hacia la unificación de los regímenes laborales en el marco de la Ley del Servicio Civil, para lo cual resulta de evidente necesidad la colaboración de los tres poderes del Estado.

5.3 Posición del Tribunal Constitucional sobre la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios.

Sobre la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente aprobado mediante Ley N° 31307 dispone, en los mismos términos que la norma procesal anterior, lo siguiente:

“Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

Como es de verse en el último párrafo de la norma citada, es obligación de los jueces aplicar las normas conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional, para lo cual debe entenderse como jurisprudencia

constitucional al conjunto de fallos constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional, a efectos de defender la legalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad (Expediente N° 0047-2004-PI/TC). En consecuencia, estos fallos son vinculantes y no pueden ser desconocidos por la justicia ordinaria.

En la sentencia dictada en el Expediente N° 03531-2015-PA/TC de fecha 14 de julio de 2020, el Tribunal se pronunció sobre la contratación de los obreros municipales bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios, señalando que “si bien, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, a los obreros municipales les corresponde el régimen laboral de la actividad privada, dicho artículo no regula una prohibición de la contratación de obreros municipales en el régimen de Contratación Administrativa de Servicios, cuya constitucionalidad ha sido reconocida por el mismo Tribunal, en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC”.

Para tal efecto, el Tribunal se remitió a la opinión de la Autoridad Nacional de Servicio Civil, contenida en el Informe Técnico N° 414-2019-SERVIR/GPGSC, que en el mismo sentido refiere que “la contratación bajo este régimen especial se encuentra permitido en todos los niveles del Sector Público, conforme así lo establece el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057, que incluye a los Gobiernos Locales”.

Como puede apreciarse, la sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03531-2015-PA/TC, de manera sucinta contempla la posición defendida en el presente trabajo de investigación, aun cuando no desarrolla apropiadamente los fundamentos por los cuales se arriba a tal conclusión. Esta misma posición ha sido sostenida en reiteradas sentencias del Tribunal, tal como puede verificarse también en la sentencia del Expediente N° 03375-2019-PA/TC de fecha 25 de febrero de 2021.

Al respecto, existiendo un fallo vinculante dictado por la Corte Suprema y contenido en la Casación N° 7945-2014-Cusco en la que se decreta expresamente que “en ningún

caso los obreros pueden ser contratados bajo el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios”, resultaba necesario que el Tribunal Constitucional desarrolle minuciosamente los fundamentos de su decisión, más allá de reafirmar escuetamente la inexistencia de una prohibición normativa y la constitucionalidad del régimen especial de contratación administrativa de servicios.

El conflicto suscitado a nivel judicial sobre la contratación de los obreros en el régimen de contratación administrativa de servicios no radica en la constitucionalidad de este régimen sino en la interpretación literal que se ha venido realizando sobre la Ley Orgánica de Municipalidades y en el supuesto conflicto normativo que, para los órganos jurisdiccionales de la justicia ordinaria, existiría entre ambas normas bajo la óptica de los principios laborales reconocidos en la Constitución.

Por tanto, alegar la constitucionalidad del régimen de contratación administrativa de servicios no es un argumento que soporta la decisión del Tribunal Constitucional, pues en principio la constitucionalidad de este régimen no ha sido desconocida por la justicia ordinaria. Asimismo, la remisión a una opinión técnica no vinculante del ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos tampoco sostiene este pronunciamiento, por cuanto el conflicto suscitado en los fallos de la justicia ordinaria trata sobre materia de interpretación de normas, lo que claramente no forma parte de las competencias de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

En consecuencia, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de contratar obreros municipales bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios, no ha expresado los fundamentos suficientes para sustentar sólidamente su posición.

5.4 Opinión técnica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil sobre la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios

El Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos establece, desarrolla y ejecuta la política del Estado referida al servicio civil y comprende el conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas que emplean las entidades públicas en la gestión del personal a su servicio.

El ente rector de este sistema administrativo es la Autoridad Nacional del Servicio Civil, que se encarga de definir, implementar y supervisar las políticas del personal del estado, además de emitir opinión previa a la expedición de normas de alcance nacional relacionadas con el ámbito del Sistema y emitir opinión técnica vinculante en las materias de su competencia referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.

Sobre la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios, la Autoridad Nacional del Servicio Civil mantuvo un primer criterio contenido en el Informe Legal N° 378-2011-SERVIR/GG-OAJ de fecha 4 de mayo de 2011, en el cual concluyó 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 de contratación administrativa de servicios, por cuanto ello implicaría desconocer la evolución que ha tenido la regulación normativa municipal sobre el régimen de dichos servidores”.

Respecto de este primer informe, debe señalarse que la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional de Servicio Civil, desarrolló la evolución histórica de la Ley Orgánica de Municipalidades, estableciendo que el cambio de régimen laboral de los obreros municipales con la Ley N° 27469 tuvo como principal motivación la aplicación del principio de igualdad, pues para entonces algunos obreros municipales se encontraban sujetos al régimen privado, mientras que otro grupo importante permanecía en el régimen laboral de la actividad pública, sin posibilidad de ascender en la carrera administrativa.

En efecto, en un primer momento, la Ley Orgánica de Municipalidades estableció que los obreros municipales pertenecían al régimen del Decreto Legislativo N° 276; no obstante, a partir del año 2001 y hasta la actualidad con la vigente Ley N° 27972, estos se encuentran bajo el ámbito del Decreto Legislativo N° 728.

Como se resalta en la opinión del ente rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos, esta transición de regímenes laborales aplicables a los obreros municipales encontró sustento en la necesidad de fortalecer los beneficios para esta categoría de trabajadores, en tanto sufrían los estragos del régimen público, no solo en cuanto a beneficios laborales sino también por las limitaciones para desarrollar carrera administrativa.

Sin embargo, la sucesión normativa en materia de regímenes laborales aplicables al Estado, materializada en el Decreto Legislativo N° 1057 que regula la contratación administrativa de servicios, y su aplicación en la contratación de obreros municipales, en modo alguno supone desconocer la evolución de la regulación normativa municipal sobre el régimen de dichos servidores, pues así como hubo razones para la transición de los obreros del régimen público hacia el régimen privado en determinado contexto social, también es cierto que a nivel de los regímenes del Estado se justificó la necesidad de crear un régimen especial de contratación en el marco de la reforma del empleo público, lo que fue reafirmado por el Tribunal Constitucional al declarar la constitucionalidad de dicha norma.

No se pretende desconocer la existencia de una habilitación legal para contratar a los obreros municipales en el régimen privado, pues la Ley Orgánica de Municipalidades no ha sido derogada ni modificada por el Decreto Legislativo N° 1057; por el contrario, se pretende visibilizar que también coexiste una habilitación legal para contratarlos en el régimen de contratación administrativa de servicios, en tanto este régimen laboral especial es posterior a la Ley Orgánica de Municipalidades y no entra en conflicto con dicha norma por cuanto ambas regulan materias distintas.

El 11 de abril de 2012 se emitió el Informe Legal N° 330-2012-SERVIR/GG-OAJ en el cual la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional de Servicio Civil emitió opinión sobre la contratación de obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios, ratificándose en el criterio contenido en el Informe Legal N° 378-2011-SERVIR/GG-OAJ, al señalar que “éste respondió a un análisis de la evolución normativa del régimen laboral de los obreros municipales en nuestro ordenamiento nacional, atendiendo a las particularidades de dichos trabajadores”.

Asimismo, el ente rector señala que no resultaría posible emplear dicho criterio para los trabajadores que cuentan con un régimen especial, pues este tipo de régimen responde a funciones, atribuciones e incluso carreras con particularidades especiales que el régimen de contratación administrativa de servicios no regula ni precisa.

Si bien la Autoridad Nacional de Servicio Civil mantiene su criterio respecto de la contratación de los obreros municipales bajo el régimen de la actividad privada, este nuevo análisis permite reafirmar la posición de que el régimen de contratación administrativa de servicios sí resulta aplicable a los obreros municipales.

La consulta dirigida al ente rector refiere que al haberse establecido que los obreros municipales no pueden ser contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, puesto que ello implicaría desconocer la evolución normativa que ha tenido la regulación municipal; de la misma manera, otras categorías reguladas en regímenes especiales tampoco se encontrarían bajo el ámbito de esta norma.

Al respecto, el ente rector señala que no resulta posible aplicar el régimen de contratación administrativa de servicios a aquellos servidores que conforman carreras especiales, pues la regulación de dichas carreras responde a funciones y atribuciones particulares, por la especial naturaleza de la función desempeñada.

Este último análisis resulta acertado, por cuanto la única posibilidad de excluir a los servidores de un régimen general aplicable al Estado, obedecería a la especial

naturaleza o particularidad de la prestación del servicio que realiza y a la constitución de una carrera especial. Así lo expresó el Tribunal Constitucional en el análisis de la Ley del Servicio Civil, señalando lo siguiente:

“[...] Si la ley del servicio civil debe ser, en principio, aplicable a todos los servidores públicos, toda exclusión debe estar razonablemente fundada en la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio. Sólo [sic] de esta manera estaría justificada la exclusión de un determinado grupo de servidores públicos de los alcances de la ley (fundamento 66).

[...]

Si el objeto que ha perseguido el legislador es tender a uniformar el régimen de los servidores públicos, las exclusiones que realice deben tener un fundamento en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión. La diferencia no puede basarse solamente en la particularidad de la actividad que realizan, por cuanto las funciones de cada órgano del Estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes (fundamento 69)”.

Las carreras especiales ordinariamente reconocidas son las siguientes: “a) Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República; b) Ley N° 23733, Ley universitaria; c) Ley N° 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud; d) Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial; e) Ley N° 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas; f) Decreto Legislativo N° 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú; g) Ley N° 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria; h) Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público y i) Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial”.

Por tanto, el hecho de que un servidor público, como el obrero municipal, pertenezca al nivel de gobiernos locales, no implica que esté excluido de los alcances del régimen de contratación administrativa de servicios, por cuanto la exclusión solo comprendería a aquellos servidores que realizan labores de naturaleza especial y que conforman, por tanto, carreras especiales.

En el caso de los obreros municipales, no se evidencia la particular prestación de servicios que realizarían, pues si bien solo laboran en el ámbito de las Municipalidades, lo cierto es que los obreros jamás han conformado una carrera especial; de ahí que, desde la primigenia Ley Orgánica de Municipalidades hasta la actual, únicamente se han encontrado bajo el ámbito de los regímenes generales como el 276 y el 728.

Finalmente, el más reciente pronunciamiento sobre la materia está contenido en el Informe Técnico N° 414-2019-SERVIR/GPGSC de fecha 13 de marzo de 2019, emitido por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, en el cual se concluyó que “los obreros que prestan sus servicios en las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, a quienes se les reconoce los derechos, deberes y beneficios inherentes a dicho régimen, y cuyo ingreso se concreta mediante un contrato a plazo indeterminado previo concurso público de méritos en una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”.

Asimismo, se resalta principalmente que “no existe impedimento legal alguno para que las municipalidades puedan contratar a personal obrero bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, cuando las circunstancias o la necesidad de la prestación así lo requieran, por lo que en principio deberían sujetarse al régimen privado y, por excepción, al régimen de contratación administrativa de servicios al ser permitido en todos los niveles del sector público”.

Para efectos de arribar a dicha conclusión, la Autoridad Nacional del Servicio Civil analiza la Ley Orgánica de Municipalidades vigente y la Ley N° 30889, que establecen que el régimen laboral aplicable a los obreros municipales es el régimen laboral de la

actividad privada; dentro de ese marco, concluye que “los obreros municipales deben ser contratados bajo el régimen de la actividad privada previo cumplimiento de los requisitos mencionados, lo cual no limita su contratación bajo el régimen de contratación administrativa de servicios cuando la situación lo amerite”.

Para tal efecto, se remite a la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, en la cual se declaró la constitucionalidad del régimen de contratación administrativa de servicios. Por tanto, dicha norma es de aplicación general en el sector público, por lo que cualquier entidad del estado, ya sea que se encuentre sujeta al régimen del Decreto legislativo N° 276 o al régimen de la actividad privada puede celebrar, sin ningún impedimento, contratos bajo este régimen especial.

Lo anterior, más aún si la única restricción normativa respecto de la contratación de obreros municipales se ubica en el artículo único de la Ley N° 30889 y se refiere al régimen de la Ley del Servicio Civil, razón por la cual la habilitación legal extendida a los gobiernos locales para contratar a su personal en el régimen de contratación administrativa de servicios se mantiene vigente, conforme señala el ente rector.

5.5 Análisis de las resoluciones de la justicia ordinaria laboral en torno a la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios.

Así como el Tribunal Constitucional y la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en el ámbito de sus respectivas competencias, se han pronunciado en torno a la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios, de la misma manera lo han hecho los Juzgados, Salas Superiores y Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República que conforman la justicia ordinaria.

Para efectos de la presente investigación y por una cuestión de orden, en el presente capítulo se efectuará el análisis de las resoluciones de la justicia ordinaria laboral que

comprende pronunciamientos de las Salas Laborales Permanentes de la Corte Superior de Justicia de Lima con competencia en la vía ordinaria laboral, así como de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema que sobre la materia ha emitido un precedente de obligatorio cumplimiento.

En el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado con Decreto Supremo N° 017-93-JUS, se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

Teniendo en cuenta el marco normativo citado, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema emitió la Casación Laboral N° 7945-2014 Cusco de fecha 29 de setiembre de 2016 (Anexo 1), en cuyo numeral cuatro del cuarto considerando estableció como criterio de interpretación de los alcances del

artículo 37 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores, el siguiente:

“Los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, en ningún caso pueden ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios”.

A manera de síntesis, la referida Sala Suprema Constitucional efectúa, en primer lugar, un análisis de la evolución histórica del régimen laboral de los obreros municipales, estableciendo que la Ley Orgánica de Municipalidades vigente mantuvo el régimen laboral de los obreros de las Municipalidades establecido en su antecesora, los que según su artículo 37 son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, es decir, dentro de los alcances del Decreto Legislativo N° 728, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

Asimismo, hace referencia a los pronunciamientos que, hasta el momento de dictarse la referida Casación Laboral, había emitido la Autoridad Nacional del Servicio Civil sobre la materia, los que básicamente señalaban que los obreros municipales debían ser contratados solo bajo el régimen de la actividad privada, ya que el incorporarlos bajo el régimen de contratación administrativa de servicios implicaría desconocer la evolución de las normas que regulan la protección de trabajo de los obreros municipales.

Finalmente, hace énfasis en una de las conclusiones del II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral respecto del régimen laboral de los obreros municipales, en la que se estableció que, “de conformidad con el artículo 37° de la 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”.

De lo expresado anteriormente, se advierte que la Corte Suprema no ha establecido un criterio que sería razonable admitir como válido, por cuanto los fundamentos que lo sustentan no son sólidos ni suficientes. El desarrollo de la evolución histórica del régimen laboral de los obreros municipales únicamente proyecta el marco normativo contenido en las Leyes Orgánicas de Municipalidades publicadas en el tiempo; de esta manera, el hecho de que la actual Ley Orgánica de Municipalidades haya establecido que el régimen laboral aplicable a los obreros es el de la actividad privada, no determina la imposibilidad de una sucesión normativa en el marco de las normas laborales aplicables al empleo público ni limita la vigencia de otros regímenes laborales como el de contratación administrativa de servicios que es de aplicación para todas las entidades del Estado.

En ese sentido, la modificación de las leyes orgánicas que regulan el régimen laboral de los obreros municipales, en virtud de las cuales primigeniamente éstos estaban sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 y posteriormente al régimen del Decreto Legislativo N° 728 obedece al contexto político, social y económico de la época en que fueron dictadas, pues tal como se desarrolló en el capítulo referido al régimen laboral de los obreros municipales, el tránsito del régimen público hacia el régimen privado fue motivado esencialmente en la imposibilidad material del obrero municipal de ascender en el ámbito de la carrera administrativa, además de la desigualdad en la percepción de beneficios entre ambos regímenes generales.

De esta manera, un análisis sistemático e histórico de las leyes orgánicas dictadas, permite colegir que nunca hubo una intención del legislador de perpetuar la contratación de obreros en el régimen privado, sino que, en determinado contexto se prefirió dicho régimen en comparación con el público, sin perjuicio de que la reforma del empleo público y la consecuente creación de otros regímenes laborales aplicables

al empleo público, habiliten la contratación de los obreros municipales en un régimen laboral distinto.

Ahora bien, siguiendo el criterio de obligatorio cumplimiento dictado por la Corte Suprema en la referida Casación Laboral N° 7945-2014 Cusco, las Salas Laborales Permanentes de la Corte Superior de Justicia de Lima con competencia en la vía ordinaria laboral, han emitido resoluciones interpretando los alcances del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades en igual sentido y resolviendo la imposibilidad de la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios.

Hasta la fecha de elaboración del presente trabajo de investigación, respecto de esta materia, ninguna de las seis Salas Laborales de la Corte de Lima, ha hecho uso de la facultad contenida en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que les permite apartarse de un precedente de obligatorio cumplimiento dictado por la Corte Suprema, con la obligación de motivar adecuadamente la resolución respectiva.

En esa línea de ideas, a continuación, se extraerá los principales fundamentos contenidos en las resoluciones emitidas por las Salas Laborales Permanentes de la Corte Superior de Justicia de Lima, referidos a la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios; asimismo, se efectuará el análisis respectivo en contraposición a dichos fundamentos:

- a) Resolución emitida por la Primera Sala Laboral Permanente De Lima en el Expediente N° 19954-2019-0-1801-JR-LA-09, de fecha 9 de diciembre de 2021 (Anexo 2).**

“Sobre la contratación del actor mediante contratos administrativos de servicios

(...) 22. No obstante que la Ley Orgánica de Municipalidades ha definido el marco legal de la contratación de los obreros que prestan servicios para las municipalidades, la demandada optó por contratar al trabajador bajo contratos administrativos de servicios. Al respecto es menester mencionar que, si bien la emplazada tiene derecho a la contratación de sus servidores, éstas deben realizarse en concordancia con el numeral 14) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, el cual reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. De este modo, si el contrato de trabajo se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos de modo pleno, o los vacía en su contenido, no cabe la menor duda de que el objetivo de licitud previsto en la norma fundamental se ve vulnerado. En este sentido, queda claro que la suscripción de contratos CAS, de acuerdo al Régimen del Decreto Legislativo Nº 1057 y sus modificatorias, desde el 01 de marzo de 2008, atenta contra lo señalado en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley Nº 27972, ya que esta norma especial establece que el Régimen Laboral de los obreros es el régimen laboral de la actividad privada. La Ley Orgánica de Municipalidades detenta un carácter de Ley Orgánica, primando, por ende, por sobre cualquier otra ley, por lo que se tiene presente que existió entre el demandante y la demandada una relación laboral dentro del régimen de la actividad privada en los periodos en que fue contratado mediante contratos administrativos de servicios, por lo que estos últimos resulta ineficaces”.

“23. Por otro lado, cabe invocar el Principio de Irrenunciabilidad de los derechos laborales, el cual constituye un elemento central que el ordenamiento laboral confiere al trabajador con el fin de restarle eficacia a la privación voluntaria por el trabajador de sus derechos laborales reconocidos a nivel legal o convencional, principio constitucional que se encuentra recogido en el inciso 2) del artículo 26º de la Constitución Política del Estado”.

“24. Asimismo, resulta menester mencionar el Principio de Preferencia de la Contratación Indefinida, que se encuentra plasmado en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, al señalar que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, principio que en la actualidad se encuentra reforzado por la regla probatoria prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 cuyo artículo 23.2 establece que acreditada la prestación personal de servicios se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

“25. De otro lado, se debe tener en cuenta que el trabajador demandante es sobre todo una persona, centro de derechos y obligaciones; que su defensa y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, en términos del artículo 1° de la Constitución Política del Perú, por lo que se debe tomar en cuenta la regulación normativa más favorable, lo que conocemos por el Principio Protector, en su variante, la condición más beneficiosa”.

“26. En ese orden de ideas el Tribunal Constitucional a propósito de la variación del régimen laboral de los obreros municipales ha señalado que la misma practicada de manera unilateral afecta la norma contenida en el artículo 62° de la Constitución Política del Estado que garantiza que los términos contractuales, también los de índole laboral, no pueden ser modificados por las leyes, las mismas que por lo demás no pueden tener efectos retroactivos”.

“27. Asimismo, corresponde invocar el Principio de Progresividad previsto en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, la orientación de la legislación se debe concretar al desarrollo progresivo, esto es, de mayor protección a los derechos fundamentales de las personas, en este caso en materia laboral”.

“28. En diversas oportunidades el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica. En la STC 00045- 2004-AI/TC, ha señalado que la igualdad: «detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes” [F.J. Nº 20]

“29. Es de precisar que la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona. Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático.

Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. En ese sentido, la igualdad es un principio - derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por

coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones; en buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato”.

“30. En virtud a lo expuesto, el contrato administrativo de servicios, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento, si bien ha proveído beneficios sociales para los trabajadores, estos han sido determinados en forma diminuta en comparación a los derechos reconocidos por el Decreto Legislativo N° 728, lo cual afecta el principio-derecho de igualdad ante la ley, aspecto que ha sido puesto en relieve por la jurisprudencia laboral. Por otro lado, se debe tener en cuenta, que las circunstancias que el Estado, mediante la norma antes citada, reconozca a los trabajadores normas de índole laboral, puesto que en un primer periodo no lo hacía, significa la aceptación por parte del ente estatal de que los ciudadanos sometidos a estos contratos se encontraban en una situación de desprotección en lo que se refiere a sus derechos laborales, reconocimiento que se patentiza con la promulgación de la Ley N° 29849, del 05 de abril de 2012, que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales a los trabajadores sometidos a este régimen laboral”.

“31. En conclusión, la contratación del actor bajo el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 1057 afecta la vigencia de los Principios de Condición más Beneficiosa, el Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Laborales y el Principio de Igualdad en las relaciones laborales. Finalmente, la contratación a través del Contrato administrativo de servicios, lesiona el Principio Protector recogido en el artículo 23° de la Constitución

Política del Estado y más específicamente en la última parte del mismo cuando señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

b) Resolución emitida por la Segunda Sala Laboral Permanente De Lima en el Expediente N° 02553-2018-0-1801-JR-LA-10, de fecha 21 de diciembre de 2021 (Anexo 3).

“6.13. A lo cual se debe agregar en cuanto a la contratación administrativa de servicios, que el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057 "Ley del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios", señala que el Contrato Administrativo de Servicios, se constituye como una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado, por lo que no se sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Asimismo el artículo 1° del Decreto Supremo N° 075- 2008-PCM, señala que este tipo de contrato laboral vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera subordinada y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones inherentes al régimen especial, indicándose en el artículo 2 de este mismo cuerpo normativo que este régimen es de aplicación a todas las entidades de la administración pública, entendiéndose por ellas al Poder Ejecutivo, los Ministerios y Organismos Públicos, al Congreso de la República, al Poder Judicial, a los órganos constitucionalmente autónomos, a los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades Públicas”.

“6.14. De otro lado el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad signado con el N° 0002-2010-PI /TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Decreto Legislativo N° 1057, estableciendo que este tipo contractual es de naturaleza laboral y que constituía un régimen especial de contratación del Estado que no infringía la Constitución Política ni por la forma ni por el fondo, puesto que de la propia

Carta Fundamental no se puede derivar la necesidad de un régimen laboral único para el sector público (FJ 22) pues los obreros, empleados, servidores y funcionarios públicos que cumplen funciones para el Estado”:

“(…) pueden encontrarse vinculados a cualquiera de los regímenes laborales generales, pues de ello depende de cuál es el aplicable a la entidad a la que pertenecen, dándose supuestos en los que incluso es posible la coexistencia de ambos regímenes laborales en la misma institución (...) Por lo que se puede tener, como primera conclusión, que no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N° 1057 como una norma de derecho laboral dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes (...) (FJ 25-26), además que éste régimen no es complementario de alguno de los regímenes laborales existentes puesto que tiene sus propias reglas de contratación, por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente (FJ 31)”.

“6.15. Al respecto, en la Casación Laboral N° 628-2012 - LA LIBERTAD, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de La República (Fundamento Noveno) se ha señalado que:

“La interpretación de la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI /TC a través de la cual se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad incoada contra el Decreto Legislativo N° 1057, permite colegir con meridiana claridad que, lo que en rigor se dispuso con la misma es la validez, entiéndase la compatibilidad, de dicha norma con la Constitución Política del Estado, pero desde la fecha de su entrada en vigencia, esto es, a partir del veintiocho de junio de dos mil ocho. Así las cosas, no obstante que se establezca que para acceder a tal contratación basta su sola suscripción (Fundamento Jurídico 17); dicha conclusión debe necesariamente enmarcarse en el fundamento de la ratio decidendi de la sentencia constitucional, cuál es -según se desprende de su texto- la inexistencia de relación laboral alguna (encubierta o no bajo otra forma

contractual) y el empleo del Contrato Administrativo de Servicios - CAS como medio de mejoramiento de tal condición del servidor.”.

“6.16. Ahora, en relación con la Contratación Administrativa de Servicios, se debe tener en cuenta que el artículo 37º, ubicado en el Subcapítulo V de la Ley Nº 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, publicado el 27 de mayo de 2003, que regula el régimen laboral del trabajador municipal, prescribe lo siguiente: “Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen”.

“6.17. Respecto del Decreto Legislativo en mención, cabe indicar que el artículo 104º de la Constitución señala que”:

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos (...); No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente”.

Por su parte el artículo 101º, indica:

“(…) Son atribuciones de la Comisión Permanente: (...) 4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue. No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a (...) leyes orgánicas (...).”.

“6.18. Por consiguiente, una interpretación sistemática del Decreto Legislativo Nº 1057 con el artículo 37º de la Ley Orgánica de Municipalidades y los artículos 101º y 104º de la Constitución Política del Estado, conducen a concluir que el régimen laboral especial de la Contratación Administrativa de Servicios, al haber

sido establecido por un Decreto Legislativo, no puede modificar el régimen laboral de los servidores municipales, pues éste se encuentra previsto en una Ley Orgánica. Dicho ello, se tiene que el régimen laboral de los servidores municipales ha sido definido por la Ley Orgánica de Municipalidades; en ese sentido, conforme con lo expuesto, dicho régimen en modo alguno se ha visto modificado o afectado con la promulgación del Decreto Legislativo N°1057 que regula el régimen laboral especial de la Contratación Administrativa de Servicios”.

“6.19. En ese mismo sentido, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema a través de la Casación Laboral N° 7945-2014- Cusco, ha fijado como criterio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores de conformidad con el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo siguiente: “Los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, en ningún caso pueden ser contratados bajo el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios.”

c) Resolución emitida por la Tercera Sala Laboral Permanente De Lima en el Expediente N° 9560-2020-0-1801-JR-LA-09, de fecha 20 de diciembre de 2021 (Anexo 4).

“OCTAVO: Que, la sentencia expedida en el expediente N° 00002-2010-PI/TC del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 07 de setiembre del 2010, sobre el Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057, el Tribunal Constitucional, ha establecido con carácter vinculante en cuanto al contenido de los Contratos Administrativos de Servicios en el fundamento 19 de dicha resolución que los mismos “tienen las características

de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida que prevé aspectos como la jornada de trabajo (horario de trabajo, pues lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual, en consecuencia el Tribunal Constitucional estima que más allá de la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1057, los mismos son de naturaleza laboral”;

“NOVENO: No obstante, ello, el artículo 37° Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades vigente durante la prestación de servicios del actor, establece que: “(...). Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.”; lo que se tiene presente al momento de resolver”;

“DECIMO: Por otro lado, con fecha 22 de diciembre de 2018 fue publicada la Ley 30889, en el cual establece en su único artículo: “Precísase que los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales no están comprendidos en el régimen laboral establecido por la Ley del Servicio Civil, Ley 30057. Se rigen por el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.” (lo resaltado es agregado); estando a la precisión invocada, y lo dispuesto por la Ley 27972, se tiene que correspondía que se contrate al actor bajo el régimen de la actividad privada”;

“DECIMO PRIMERO: Si bien el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del régimen laboral del Contrato Administrativo de Servicio establecido en el Decreto Legislativo N° 1057; sin embargo, los obreros que prestan sus servicios a las Municipalidades son servidores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, por lo que no pueden ser contratados bajo el régimen establecido en el Decreto Legislativo N° 10 57; criterios que han sido establecidos por el Tribunal Constitucional Expediente N° 698-2017-PA/TC,

Sullana, y por la Corte Suprema en las Casaciones Laborales N° 10604-2016-Del Santa, N° 15811-2014-Ica, N° 19751-2015-Moquegua”

d) Resolución emitida por la Cuarta Sala Laboral Permanente De Lima en el Expediente N° 08863-2020-0-1801-JR-LA-08, de fecha 19 de enero de 2022 (Anexo 5).

“Sobre los contratos administrativos de servicios suscritos entre las partes

24. En cuanto al décimo primer, décimo tercer y décimo cuarto agravio de la demandada, es de señalar que la Ley Orgánica de Municipalidades ha definido el marco legal de la contratación de los obreros que prestan servicios para las municipalidades, la demandada optó indebidamente por contratar a la trabajadora bajo contratos administrativos de servicios desde el 01 de febrero de 2018 en adelante. Al respecto, es menester mencionar que, si bien la empleada tiene derecho a la contratación de sus servidores, éstas deben de realizarse en concordancia con el artículo 2º numeral 14º de la Carta Magna el cual reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. De este modo, si el contrato de trabajo se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos de modo pleno, o los vacía en su contenido, no cabe la menor duda de que el objetivo de licitud previsto en la norma fundamental se ve vulnerado.

25. En este sentido, queda claro que la suscripción de los contratos CAS, de acuerdo al Régimen del Decreto Legislativo N° 1057 y sus Modificatorias, atenta contra lo señalado en la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, ya que esta norma especial establece que el Régimen laboral de los obreros es el régimen laboral de la actividad privada. La Ley Orgánica de Municipalidades detenta un carácter de Ley Orgánica, primando, por ende, por sobre cualquier

otra ley, por lo que se tiene presente que existe entre la demandante y la demandada una relación laboral dentro del régimen de la actividad privada durante el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2018 en adelante.

26. Así tenemos que, la contratación a través del Contrato Administrativo de Servicios, lesiona el principio protector recogido en el artículo 23º de la Constitución Política del Estado y más específicamente en la última parte del mismo cuando señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

27. Por consiguiente, se determina que la demandante, al desempeñarse como obrero municipal con el cargo de sereno de seguridad ciudadana se encontraba comprendida bajo el régimen laboral de la actividad privada por aplicación de las normas contenidas en la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, debido a que el obrero municipal en ningún caso podía ser contratada bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios, conforme lo señala la Corte Suprema en la antes citada Casación Laboral N° 7945-2014-CUSCO fecha 29 de setiembre del 2016, criterio que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores y aunado a ello, las propias funciones desarrolladas por la actora como obrera con el cargo de sereno, resultan ser una actividad de naturaleza principal y permanente”.

e) Resolución emitida por la Séptima Sala Laboral Permanente De Lima en el Expediente N° 16476-2019-0-1801-JR-LA-85, de fecha 7 de diciembre de 2021 (Anexo 6).

Respecto a la validez de los Contratos Administrativos de Servicios

“11. El Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente N°00002-2010-PI/TC fundamento 47, lo siguiente: "De modo que, a partir de la presente sentencia, el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1057

debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecho respecto del denominado "contrato administrativo de servicios", deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen "especial", de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional "; sentencia que de conformidad con los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional, es vinculante para todos los poderes públicos y tienen alcances generales".

"12. No obstante, debemos referirnos a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en la Casación Laboral Nº 15811-2014 - Ica, de 08 de junio del 2016, expresando en su décimo considerando: "(...) sin embargo, para el caso de los obreros municipales, este Colegiado Supremo considera que al tener una norma propia que establece que su régimen laboral es el de la actividad privada, el cual reconoce mayores derechos y beneficios que los dispuestos para los trabajadores bajo el referido régimen especial de contratación, en atención a la regla de aplicación de la norma más favorable para el trabajador, debe referirse el primero. Toda vez que optar lo contrario, implicaría desconocer el carácter tuitivo del cual se encuentra impregnado el Derecho Laboral, así como la evolución que ha tenido la regulación normativa respecto al régimen laboral de los obreros municipales"; este criterio adoptado por la Corte Suprema, ha merecido posteriormente la observancia del fundamento 4) de la Casación Laboral Nº 7945-2014-CUSCO de 29 de setiembre del 2016, criterio que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores, el mismo que está referido a la interpretación que debe recibir el artículo 37º de la Ley Nº 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, donde se concluye que: "Los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentra sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 (...); en consecuencia, en ningún caso pueden ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios".

“13. Por lo tanto, queda claro que en el presente caso, el actor al desempeñarse como obrero - Chofer 3 en la Subgerencia de Serenazgo, se encuentra comprendido en el régimen laboral de la actividad privada por aplicación de las normas contenidas en la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades de 27 de mayo del 2003, debido a que el obrero municipal en ningún caso podía ser contratado bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios, conforme lo señala la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 7945-2014-CUSCO, criterio que constituye precedente de obligatorio cumplimiento”.

“14. Aunado a ello resulta pertinente traer a colación lo que se conoce como el Principio Protector en su variante la condición más beneficiosa; respecto a este principio el Profesor Américo Plá Rodríguez, señala que: “La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determinada que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar” (sic.) (En: Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Tercera Edición, 1998, pág. 108); pues someterlo a un régimen de contratación distinta en la que se le reconocen menores derechos laborales no solamente desde el punto de vista económico sino en lo referido a su estabilidad en el trabajo implica definitivamente la afectación al principio de condición más beneficiosa el cual se encuentra íntimamente ligado al Principio Protector recogida en el artículo 23° de la Constitución Política del Estado, y más específicamente en la última parte del mismo cuando señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.”

f) Resolución emitida por la Octava Sala Laboral Permanente De Lima en el Expediente N° 08700-2018-0-1801-JR-LA-02, de fecha 14 de diciembre de 2021 (Anexo 7).

“CUADRAGÉSIMO CUARTO En relación a este punto, se advierte que la parte demandada manifiesta dentro de su escrito de apelación, respecto a los contratos administrativos de servicios – CAS que, dicha contratación fue suscrita por el actor de manera voluntaria y libre; y conforme a sus funciones, éstas eran de un obrero y no de un emplead, ya que no cumple con los presupuestos legalmente establecidos para ser considerado como tal; tanto más si las labores realizadas no eran manuales sino intelectuales”.

“CUADRAGÉSIMO QUINTO Dicho ello y conforme lo revisado en el contenido de la presente demanda, se desprende que lo peticionado por la parte accionante, consiste en declarar la ineficacia de los Contratos Administrativos de Servicios celebrados con la entidad emplazada, por lo cual, es necesario tener presente lo señalado en el Fundamento 4 de la Casación N° 7945- 2014- Cuzco, de fecha 29 de setiembre de 2016, emitida por la Segunda Sala de derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de justicia, que establece: (...)”

“CUADRAGÉSIMO SEXTO Estando a ello, se puede concluir en el caso en concreto, que la parte actora sólo podía ser contratada bajo el régimen laboral de la actividad privada; por lo tanto, al no haber cumplido con esta exigencia legal la emplazada, los Contratos Administrativos de Servicios suscritos se encuentran desnaturalizados y deben entenderse como de duración indeterminada, desde el 09 de marzo del 2015 hasta la actualidad, conforme lo establece el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo 003-97-TR”.

“CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO A mayor abundamiento, no obstante, el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1057 establece que:

“El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado”.

De ello, a primera impresión, pareciera que también a los obreros municipales les resultaría aplicable el referido régimen especial de contratación laboral”.

“CUADRAGÉSIMO OCTAVO Sin embargo, es preciso hacer notar que la Constitución vigente en sus artículos 105° y 106° regula dos clases distintas de normas. El artículo 105° regula el procedimiento para la generación de las denominadas “leyes ordinarias” que indica”:

“Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia”.

Y, en contraste con dicha norma, el artículo 106° establece la generación de las “leyes orgánicas” señalando:

“Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución”.

“CUADRAGÉSIMO NOVENO Ahora bien, la nota diferenciadora de ambos productos legislativos viene dada por el segundo párrafo del artículo 106° que precisa”:

“Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso” (subrayado agregado)

Esto es, tiene la característica de ser aprobada por una mayoría calificada. De tal modo que, si no cuenta con la cantidad de votos exigida, su aprobación no opera. A partir de ahí es que se indica que “la ley orgánica sólo se deroga por otra ley orgánica”.

“QUINCUAGÉSIMO Por otra parte, el artículo 104º de la Constitución señala que:

“El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa”

Empero, esta delegación sólo alcanza a las leyes con rango de ley ordinaria, pues, acto seguido, el mismo artículo efectúa la siguiente restricción:

“No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente”.

Lo cual, al ser concordado con el segundo párrafo del inciso 4 de artículo 101º, permite concluir que, una materia indelegable al Poder Ejecutivo es la referida a las leyes orgánicas; por tanto, se deduce que un Decreto Legislativo, no ostenta suficiente rango normativo para afectar (modificar o derogar) una Ley Orgánica. Dicho, en otros términos, es un imposible jurídico que un Decreto Legislativo altere el tenor de una ley orgánica. Siendo que la Ley Orgánica de Municipalidades, por jerarquía normativa y, por ser norma especial, prima en su aplicación sobre el Decreto Legislativo N° 1057”.

“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO Sumado a ello, no es posible aceptar la validez de los Contratos Administrativos de Servicios suscritos por el demandante desde el 09 de marzo del 2015 hasta la actualidad, ya que esto transgrede el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales; más aún cuando la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria ha establecido como precedente obligatorio lo señalado en el numeral 4 del considerando cuarto de la Casación Laboral N° 7945-2014-Cusco. Así tenemos diversas casaciones como: (...).”

“QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO Dicho ello, se establece que el régimen laboral de los obreros municipales, como es el caso del demandante, se encuentra fijado por la Ley Orgánica de Municipalidades que, conforme a lo expuesto, en modo alguno se ha visto modificada o afectada con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen laboral especial de la Contratación Administrativa de Servicios. Por tanto, los obreros municipales continúan sujetos únicamente al régimen laboral de la actividad privada. Es decir, el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 no resulta aplicable a los Obreros municipales; por tanto, se determina que los contratos celebrados bajo dicho régimen resultan ineficaces, conforme se ha discernido precedentemente; consecuentemente, corresponde desestimar el agravio invocado por la parte emplazada en dicho extremo.”

Análisis de las resoluciones emitidas por las Salas Laborales

En las resoluciones superiores materia de análisis, las Salas Laborales Permanentes de Lima coinciden en que la Ley Orgánica de Municipalidades ha definido el marco legal de la contratación de los obreros que prestan servicios para las Municipalidades atribuyéndoles el régimen de la actividad privada, por lo que no resultaría factible su inclusión en el régimen de contratación administrativa de servicios; asimismo, para sustentar su posición, expresan, en síntesis, los siguientes fundamentos:

- a) Señalan que la contratación en el régimen de contratación administrativa de servicios representaría un mecanismo de distorsión de los derechos laborales en contravención del numeral 14 del artículo 2 de la Constitución vigente que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos.
- b) Asimismo, concluyen que la celebración de contratos bajo el régimen de contratación administrativa de servicios atenta contra lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades que, por su carácter de norma especial y ley orgánica, prevalecería sobre el citado régimen contenido en el Decreto Legislativo N° 1057.
- c) Finalmente, refieren que la contratación de obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios vulnera los principios laborales siguientes: protector, de irrenunciabilidad de derechos, de progresividad, de preferencia de contratación indefinida y el derecho-principio de igualdad ante la ley.

Sobre la supuesta contravención al derecho a la contratación con fines lícitos

En primer lugar, debe puntualizarse que la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales de ninguna manera podría representar una transgresión del numeral 14 del artículo 2 de la Constitución vigente que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos. Para tal efecto, resulta pertinente citar la interpretación que sobre este derecho constitucional ha establecido el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N° 7339-2006-PA/TC:

“(…) 47. Consagrado en el inciso 14) del artículo 2º de la Constitución, el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses

que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”.

En atención a lo señalado, debe dejarse claro que el régimen laboral del personal al servicio del Estado es definido por este último y se rige por el principio de legalidad; esto último implica que la atribución del régimen laboral de los servidores públicos se sustenta en la habilitación legal contenida en una norma. Por tanto, la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales es una concretización del derecho a la libre contratación entre el Estado y el servidor público, que les permite crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter laboral al amparo del Decreto Legislativo N° 1057.

En ese sentido, la celebración de contratos bajo este régimen laboral especial no constituye un mecanismo orientado a transgredir los derechos laborales de los obreros municipales, ni a vaciar su contenido esencial, máxime si ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha decretado la compatibilidad de este régimen laboral con la Constitución vigente, advirtiendo que es válida su coexistencia con otros regímenes generales existentes en el Estado.

Es innegable que el régimen de contratación administrativa de servicios contempla menores beneficios laborales en comparación con el régimen laboral privado; no obstante, esto no implica que su celebración suponga el desconocimiento de los derechos laborales y un trato discriminatorio de los servidores bajo su ámbito, ni mucho menos que se transgreda los fines lícitos que la Constitución protege.

Bajo ese contexto, queda claro que la celebración de contratos administrativos de servicios en el caso de los obreros municipales no contraviene leyes de orden público por cuanto no existe ninguna prohibición normativa que limite la posibilidad de contratar obreros municipales en este régimen; por el contrario, el Decreto Legislativo N° 1057 constituye la habilitación legal para que los gobiernos locales a través de sus Municipalidades empleen esta modalidad de contratación laboral para el personal a su servicio.

En otras palabras, a la fecha existen dos habilitaciones legales vigentes que permitirían a las Municipalidades contratar obreros municipales tanto en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 cuanto en el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, con la precisión de que, en la actualidad, el régimen laboral privado, por mandato de las normas presupuestales se encuentra prácticamente cerrado.

Las entidades de la administración pública rigen sus actuaciones con base en el principio de legalidad, por mandato del cual solo se puede realizar aquello que la ley autoriza. En ese sentido, las Municipalidades no podrían contratar obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios solo por el hecho de no encontrarse expresamente prohibido, sino que además requieren del mandato expreso de una norma para tal efecto.

De ahí que no resulta coherente señalar que la contratación de los obreros municipales en el citado régimen especial constituye una afectación a la contratación con fines lícitos, por cuanto como se ha señalado, existe una fuente normativa que faculta a las Municipalidades a efectuar dicha contratación. Esta se encuentra específicamente regulada en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057 que establece el ámbito de aplicación del régimen de contratación administrativa de servicios, así como en el artículo 2.1 de su Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, que contempla las entidades públicas sujetas a su ámbito, entre las cuales se incluye a los Gobiernos locales y sus Municipalidades.

El hecho de que, a consideración de la Primera y Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, existan otras razones por las cuales debería prevalecer lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades para la contratación de los obreros municipales, no implica sugerir que las Municipalidades vienen efectuando contrataciones contrarias a ley, máxime si en la actualidad todas las contrataciones a nivel de estas entidades del Estado viene efectuándose en este régimen laboral especial, debido a las restricciones que se han establecido para la contratación en los regímenes laborales generales. Por tanto, se concluye que la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales es compatible con el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política, por lo que el criterio expresado por estas Salas Superiores no puede ser considerado válido ni acorde al marco constitucional y legal.

Sobre la supuesta colisión entre el Decreto Legislativo que regula la contratación administrativa de servicios y la Ley Orgánica de Municipalidades

Un segundo punto a analizar es si, como señalan la Primera, Segunda, Cuarta y Octava Sala Laboral Permanente de Lima, la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios atenta contra lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades que, por su carácter de norma especial y ley orgánica, prevalecería sobre lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1057.

Para estos efectos, corresponde citar el artículo 106 de la Constitución Política, que señala que “mediante leyes orgánicas se regula la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la misma Carta Política”.

Respecto de las entidades del Estado que se encuentran reguladas mediante leyes orgánicas tenemos a la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva del Perú, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Junta Nacional de Justicia, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro

Nacional de Identificación y Estado Civil, el Tribunal Constitucional y los Gobiernos Regionales y Locales.

En otras palabras, son los organismos constitucionalmente autónomos los que, por su carácter especial, se encuentran regulados en este tipo de ley. Asimismo, entre las materias reguladas mediante ley orgánica tenemos la participación ciudadana en asuntos públicos, las condiciones para la utilización y otorgamiento de los recursos naturales a particulares y el ejercicio de las garantías constitucionales.

Por su parte, el artículo 104 de la Constitución Política establece que “el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante Decretos Legislativos, sobre materias específicas y por el plazo establecido en la ley autoritativa, encontrándose estas normas sometidas, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley”. Por tanto, un Decreto Legislativo es una norma con rango y fuerza de ley que emana de autorización expresa y facultad delegada por el Congreso.

Partiendo de lo establecido en el marco constitucional, es prácticamente improbable que un Decreto Legislativo colisione con una Ley Orgánica, por cuanto el primero está destinado a regular materias específicas previamente autorizadas por el Congreso de la República, mientras que la segunda regula la estructura y el funcionamiento de algunas entidades del Estado, así como las materias autorizadas en la Constitución.

Dicho de otro modo, la única posibilidad de establecer un conflicto normativo entre ambos, implicaría que mediante un Decreto Legislativo se pretenda alterar la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado que se regulan por ley orgánica, lo que en la práctica no ha ocurrido, por cuanto ambas normas con rango de ley tienen naturaleza distinta.

De ahí que en el artículo 74 del Código Procesal Constitucional se haya establecido que “por contravenir el artículo 106 de la Constitución Política, se puede demandar la

inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, si sus disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal”.

Bajo ese entendido, el Decreto Legislativo N° 1057 no modifica ni deroga la Ley Orgánica de Municipalidades, sino que crea un régimen laboral especial de aplicación a todas las entidades del Estado. De lo contrario, de conformidad con el artículo 74 del Código Procesal Constitucional, se hubiera declarado su inconstitucionalidad total o parcial por contravención a la referida ley orgánica, lo que no ha ocurrido hasta la fecha ni ocurrirá por haber transcurrido el plazo legal para cuestionar la constitucionalidad de la norma.

La Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 1 señala que “esta comprende normas sobre la creación, origen, naturaleza, autonomía, organización, finalidad, tipos, competencias, clasificación y régimen económico de las municipalidades; también sobre la relación entre ellas y con las demás organizaciones del Estado y las privadas, así como sobre los mecanismos de participación ciudadana y los regímenes especiales de las municipalidades”. Como se aprecia, en ningún aspecto se hace mención de que esta ley orgánica tiene por finalidad establecer el régimen laboral del personal sujeto a servicio de las Municipalidades, sino que su ámbito es mucho más complejo y general y está referido a la estructura y funcionamiento de los gobiernos locales y sus Municipalidades.

El artículo 37 que regula el régimen laboral del personal de las Municipalidades se encuentra dentro del subcapítulo V de la Ley Orgánica de Municipalidades denominado “El trabajador municipal” que se aísla de las demás disposiciones relativas a la estructura municipal y a las competencias y funciones de los gobiernos locales. En otras palabras, se entiende que la regulación del régimen laboral de los funcionarios, empleados y obreros municipales no forma parte de la esencia de la Ley Orgánica de Municipalidades, sino que, en realidad, este dispositivo legal se encuentra indexado a la Ley Orgánica, por cuanto el régimen laboral del personal de las entidades

públicas necesariamente debe estar establecido en una norma y, en este caso, correspondía insertar en esta ley orgánica lo referente al régimen laboral del personal bajo su ámbito.

Cabe añadir que este aparente conflicto normativo solo se estaría suscitando en relación con la Ley Orgánica de Municipalidades y no con respecto de otras leyes orgánicas que regulan la estructura del resto de organismos constitucionalmente autónomos. Es así que no se ha logrado ubicar ninguna sentencia o resolución judicial en la cual se resuelva la imposibilidad de contratar al personal de estas entidades bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, a pesar de que sus leyes orgánicas les atribuyen expresamente el régimen laboral de la actividad privada.

Si se admite como válido el argumento expresado por la Primera, Segunda, Cuarta y Octava Sala Laboral Permanente de Lima, referido a la prevalencia normativa de la Ley Orgánica de Municipalidades respecto del régimen de contratación administrativa de servicios en lo que se refiere al régimen laboral, se estaría concluyendo también que ninguna entidad regulada por ley orgánica podría utilizar este régimen laboral en la contratación de su personal.

Por citar algunos ejemplos, las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República establecen expresamente que el régimen de su personal es el de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N° 728; no obstante, estos organismos constitucionalmente autónomos vienen contratando a su personal bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, sin que esto haya significado que a nivel judicial se emita pronunciamientos que desconozcan la validez o eficacia de dicha contratación.

Todas las entidades del Estado, hasta antes de la entrada en vigencia del régimen de contratación administrativa de servicios, se encontraban habilitadas para vincular a su personal bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y 728, y lo continúan

estando hasta la fecha, pues todas ellas mantienen en sus normas de creación o leyes orgánicas, la regulación referida al régimen laboral del personal a su servicio.

No obstante, desde la entrada en vigencia del régimen de contratación administrativa de servicios, todas estas entidades emplean este régimen laboral en la contratación de su personal, en el entendido de que este no tiene por objeto reemplazar a los regímenes laborales generales preexistentes, sino que coexiste con ellos generando un sistema mixto de contratación.

Por tanto, no resulta admisible concluir que el régimen de contratación administrativa de servicios atenta contra lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades en lo que respecta al régimen laboral del personal a su servicio, ni tampoco que se pretenda encausar un conflicto normativo entre ambas.

No existe ningún organismo constitucionalmente autónomo al que se le haya limitado, judicialmente, la posibilidad de contratar en el régimen de contratación administrativa de servicios, con excepción de los gobiernos locales que se rigen por la Ley Orgánica de Municipalidades, razón por la cual se estima que el criterio asumido por las Salas Laborales carece de sustento para ser admitido como válido.

Sobre la afectación de los principios laborales en la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios

Finalmente, en las resoluciones bajo análisis se señala que el régimen de contratación administrativa de servicios aplicable a los obreros municipales atentaría contra los principios laborales siguientes: protector, de irrenunciabilidad de derechos, de progresividad, de preferencia de contratación indefinida y el derecho- principio de igualdad ante la ley en materia laboral.

Como se señaló en el Capítulo III, “el principio de irrenunciabilidad procura evitar que el trabajador disponga de los derechos que por mandato de la Constitución o de la ley

le han sido conferidos, siempre que éstos estén amparados en una norma de tipo imperativa". Así, en caso la fuente del derecho sea una norma dispositiva, la decisión sobre su disposición recae en el trabajador, decidiendo sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual, mientras que, en el caso de una norma imperativa, ni la voluntad del propio trabajador puede exonerarle del goce del derecho.

En ese sentido, el hecho de que el obrero municipal decida voluntariamente por celebrar un contrato administrativo de servicios no atenta contra el principio de irrenunciabilidad de derechos, por cuanto este acto no implica la disposición de ningún derecho legal o constitucional. Por el contrario, el régimen de contratación administrativa de servicios, al haber sido declarado constitucional, contempla la protección de los derechos fundamentales de naturaleza laboral que reconoce la Constitución a favor de los trabajadores en cualquier régimen laboral.

Que los beneficios laborales inherentes al régimen de la actividad privada sean distintos o superiores en comparación a los que contempla el régimen de contratación administrativa de servicios, no implica una renuncia de derechos por parte del servidor cuando opte por este último régimen especial, máxime si se tiene en cuenta que para que se concrete una disposición de derechos, en principio debería establecerse la titularidad de los mismos.

En consecuencia, si el servidor no ha sido incorporado previamente en el régimen de la actividad privada y por ende no ha gozado de la titularidad de los derechos inherentes a este régimen laboral, el hecho de que se le contrate bajo el régimen de contratación administrativa de servicios no contraviene el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, pues no se le ha despojado de ningún derecho adquirido como erróneamente refieren la Primera y Octava Sala Laboral Permanente de Lima.

La Primera Sala Laboral Permanente de Lima señala también que, con la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales, se estaría vulnerando el principio de preferencia de la Contratación Indefinida, que se encuentra reconocido en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, al señalar que, “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Como se advierte de la resolución citada, esta Sala Superior no explica de qué manera se estaría afectando este principio, sino que se limita a citarlo para dotar de contenido a su resolución.

En el marco normativo nacional, el principio de continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado; de ahí que exista una preferencia por la contratación laboral a tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar son de naturaleza temporal o accidental.

En el caso del régimen laboral privado, esta preferencia por la contratación indefinida está recogido en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR. No obstante, en el caso particular del régimen de contratación administrativa de servicios, inicialmente el texto original del Decreto Legislativo N° 1057 había contemplado que el contrato a celebrarse sea de plazo determinado y no exceda al período que corresponde al año fiscal dentro del cual se efectúa la contratación, pudiendo ser prorrogado en función a las necesidades de la necesidad contratante.

En consecuencia, la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios no podría significar una transgresión al principio de preferencia de la contratación indefinida pues este era inherente, inicialmente, al régimen privado. En consecuencia, para afirmar que se ha afectado dicho principio habría que negar previamente la constitucionalidad del régimen de contratación administrativa de servicios, por cuanto, a pesar de su naturaleza inicialmente temporal, este fue declarado constitucional.

Cabe precisar, además, que la naturaleza temporal del contrato administrativo de servicios ha sido superada con la modificatoria introducida por la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 31131 publicada el 9 de marzo de 2021, en virtud de la cual ahora este contrato es de tiempo indeterminado, salvo que se utilice para labores de necesidad transitoria o de suplencia.

Por tanto, habiéndose dictado la resolución materia de análisis el 9 de diciembre de 2021, esto es, luego de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 1057 respecto de la temporalidad del contrato, debe concluirse que el fundamento expresado por la Sala Superior respecto de la afectación del principio de preferencia a la contratación indefinida no puede ser admitido como válido, por cuanto el referido principio, en la actualidad, también se encuentra recogido en la norma que regula el régimen de contratación administrativa de servicios que establece que los contratos son indeterminados, salvo las excepciones previstas en ella.

Ahora bien, se hace referencia al principio protector del derecho laboral, en virtud del cual se debe tomar en cuenta la regulación normativa más favorable al trabajador. En ese sentido, citando al Tribunal Constitucional, la Primera Sala Laboral Permanente de Lima señala que “la variación del régimen de los obreros municipales practicada de manera unilateral afecta la norma contenida en el artículo 62 de la Constitución Política que garantiza que los términos contractuales, también los de índole laboral, no pueden ser modificados por las leyes, las mismas que por lo demás no pueden tener efectos retroactivos”.

Al respecto, el argumento en virtud del cual se establece la afectación del principio protector tampoco resulta válido, toda vez que no existe norma alguna que haya dispuesto la variación o alteración del régimen de los obreros municipales contenido en la Ley Orgánica de Municipalidades; por el contrario, a través del Decreto Legislativo N° 1057 se ha habilitado la contratación de estos servidores bajo el ámbito del régimen de contratación administrativa de servicios.

Como se ha mencionado anteriormente, esta sucesión normativa no desconoce que los obreros municipales también puedan ser vinculados bajo el régimen de la actividad privada, sino que crea un régimen especial adicional que en la actualidad forma parte del grupo de regímenes laborales generales aplicables a las contrataciones de la administración pública. En consecuencia, no existiendo conflicto normativo entre la Ley Orgánica de Municipalidades y el Decreto Legislativo que regula la contratación administrativa de servicios, no resulta aplicable el principio protector y la exigencia de optar por la regulación normativa más favorable al trabajador

De la misma manera, sin citar su vinculación con la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales, la Primera Sala Laboral Permanente de Lima invoca el principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, señalando que la legislación debe orientarse al desarrollo de mayor protección a los derechos laborales.

Aun cuando no se haya mencionado cómo se concretizaría la afectación de este principio, se puede concluir enfáticamente que este nuevo régimen de contratación y su aplicación en el ámbito de los gobiernos locales y sus obreros municipales no desconoce el principio de progresividad en materia laboral.

De hecho, el régimen de contratación administrativa de servicios por sí solo representa un esfuerzo del Estado tendiente a brindar efectividad en el tiempo a los derechos laborales. De ahí que, si se revisa el contexto histórico de creación de este régimen especial, se verifica que su finalidad fue evitar que se continúe utilizando la modalidad de contratación por servicios no personales en el Estado y otorgar beneficios laborales que, hasta su entrada en vigencia, no tenían los servidores contratados bajo dicha modalidad civil.

Efectivamente, no puede negarse que el régimen de contratación administrativa de servicios se encuentra vigente desde el año 2008 y que, desde entonces, se ha dictado una serie de normas para encauzar la reforma del servicio civil con el objetivo de

establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado y que estas alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, promoviendo el desarrollo de las personas que lo integran.

No obstante, este proceso de reforma del empleo público, como también se ha precisado anteriormente, viene desarrollándose muy lento, máxime si constantemente atraviesa una serie de dificultades orquestadas por el propio Congreso de la República con la dación de leyes que desconocen el objetivo y la finalidad de la Ley del Servicio Civil y, en algunos otros casos, por el Poder Judicial que, a través de pronunciamientos como los comentados, mantienen perenne un régimen laboral como el privado que no es óptimo para la vinculación de los servidores del Estado.

Sin perjuicio de ello, entendiéndose que este régimen se ha instituido como un mecanismo del Estado para otorgar mejores condiciones laborales a sus servidores en el marco de la transición al régimen de la Ley del Servicio Civil, no resulta admisible concluir que su aplicación en el caso de los obreros municipales afecta el principio de progresividad de los derechos sociales.

La Primera Sala Laboral Permanente de Lima sugiere implícitamente que los esfuerzos del Estado peruano deberían estar orientados a perpetuar a sus servidores en el régimen laboral de la actividad privada, por cuanto claramente este es, en materia de beneficios sociales, superior al régimen de contratación administrativa de servicios; no obstante, pierde de vista que el régimen privado no se ajusta a las exigencias que demanda la naturaleza del empleo público y que, si bien en determinado contexto político-social se introdujo dicho régimen en la contratación laboral estatal, también es cierto que desde hace muchos años se ha buscado por todos los medios limitar la contratación de personal en el régimen laboral privado, a fin de lograr su extinción y la posterior unificación de todos los regímenes existentes en un régimen único y exclusivo conocido como servicio civil.

Por tanto, no resulta coherente concluir que la contratación administrativa de servicios de los obreros municipales vulnera el principio de progresividad, pues como se ha explicado detenidamente, este régimen laboral representa por sí solo la materialización de este principio laboral.

Por último, se hace referencia al principio-derecho de igualdad, concluyendo la Primera Sala Laboral Permanente de Lima que, si bien el Decreto Legislativo N° 1057 ha proveído beneficios sociales para los trabajadores, estos han sido determinados en forma diminuta en comparación a los derechos reconocidos por el Decreto Legislativo N° 728, lo cual afecta el principio-derecho de igualdad ante la ley.

Como lo señala de manera literal la referida Sala, se considera que el régimen de contratación administrativa de servicios contraviene el principio de igualdad por otorgar beneficios sociales diminutos en comparación con el régimen de la actividad privada; en otras palabras, se sugiere que no existen razones objetivas que justifiquen un trato diferenciado entre los servidores que prestan servicios bajo el régimen laboral privado y aquellos que lo hacen bajo el ámbito del régimen laboral especial.

Resulta relevante señalar que el principio-derecho a la igualdad se encuentra recogido en la norma constitucional y se extiende a las relaciones laborales del ámbito público y privado. El Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “este principio no exige necesariamente un trato homogéneo, en tanto es lícito el trato diferenciado cuando se encuentre justificado, para lo cual se ha precisado que existirá una discriminación cuando para supuestos iguales se hayan previsto consecuencias jurídicas distintas, o cuando se haya realizado un trato semejante a situaciones desiguales y siempre que, para cualquiera de los dos casos, se carezca de justificación”.

Respecto del régimen de contratación administrativa de servicios, en la sentencia que reafirmó su constitucionalidad, el Tribunal Constitucional dictaminó que “no es posible realizar un análisis bajo los presupuestos del principio-derecho de igualdad, en relación

con el régimen privado regulado en el Decreto Legislativo N° 728, por cuanto son regímenes o sistemas laborales de naturaleza y características distintas, lo que justifica un trato diferenciado”.

En consecuencia, carece de fundamento que la Primera Sala Laboral Permanente de Lima haya establecido una afectación del principio-derecho de igualdad, por cuanto el término de comparación con el que se ha sugerido que deba analizarse el trato que se reputa incompatible con el derecho de igualdad resulta inválido, en la medida que no existe identidad entre la situación jurídica en la que se encuentra el objeto del juicio de igualdad y aquellos beneficios reconocidos para los servidores del ámbito privado.

Como resulta evidente, los beneficios otorgados en un régimen laboral público como es el régimen de contratación administrativa de servicios se encuentran sujetos a límites especiales como es el caso del principio de equilibrio presupuestario, límite constitucional expreso que resulta de observancia obligatoria en la administración pública, el cual se fundamenta en la especial naturaleza del empleador que es el Estado.

Se estima que esta Sala Laboral colige la configuración de un trato discriminatorio, por cuanto un grupo de obreros municipales a servicio de los gobiernos locales actualmente se encuentra vinculado bajo el régimen de la actividad privada, en contraposición con otro grupo que, desde la entrada en vigencia del régimen de contratación administrativa de servicios, se encuentra sujeto a dicho régimen. En ese extremo, no es posible negar la existencia de una especie de paradoja en el ámbito de la contratación laboral de los obreros municipales, por cuanto se estaría avalando que un grupo perciba mejores beneficios sociales que otro.

No obstante, debe tenerse presente que esta situación subsiste a nivel de todo el aparato estatal y no únicamente a nivel de las Municipalidades de los gobiernos locales, pues el caos en el empleo público se ha visto generado, justamente, por los diversos regímenes laborales que coexisten entre sí. Es esto precisamente lo que ha

motivado la reorganización del servicio civil a través de la unificación de los regímenes existentes y la creación de un sistema único que permita fortalecer el trabajo estatal en la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la prestación de servicios laborales y al mismo tiempo mejorar las condiciones de sus servidores públicos.

En esta línea de ideas, la única posibilidad de cerrar la brecha existente entre los derechos laborales de los servidores públicos es concretar la reforma del servicio civil, procurando en el corto plazo la extinción de los regímenes laborales generales que vienen siendo empleados en la contratación laboral en el Estado; no obstante, este camino viene siendo obstaculizado precisamente por fallos como los analizados que evidencian una lectura inadecuada de las normas laborales aplicables al empleo público.

Como se ha desarrollado en el presente capítulo, la constitucionalidad del régimen especial de contratación administrativa de servicios fue reconocida por el Tribunal Constitucional luego del análisis formal y material de la norma, sentencia en la cual se estableció su naturaleza de régimen laboral y se dictó pautas para su adecuación a la normativa constitucional vigente.

Este régimen especial fue creado para dar solución a la crisis generada en la administración pública por la coexistencia de regímenes laborales disímiles, además de las contrataciones irregulares bajo la modalidad de servicios no personales; no obstante, fue materia de un intento de cierre con la Ley N° 31131 en la cual se dispuso el tránsito de todos los servidores contratados bajo este régimen hacia los obsoletos regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y 728, que finalmente devino en la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Expediente N° 00013-2021-PI/TC.

Con base en estas sentencias constitucionales, se concluye que el régimen de contratación administrativa de servicios constituye un paso importante en la reforma del empleo público, por cuanto desde su entrada en vigencia ha venido limitando la contratación de personal exclusivamente bajo su ámbito, impulsando el cierre definitivo

de los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y 728 y la unificación de regímenes laborales prevista con la implementación de la Ley del Servicio Civil.

Dentro de este marco, el Tribunal Constitucional, ha ratificado también la posibilidad de emplear este régimen laboral en la contratación de los obreros municipales, en clara contraposición con los pronunciamientos de la justicia ordinaria. Así lo ha hecho también la Autoridad Nacional del Servicio Civil que, en su calidad de ente rector, se ha pronunciado sobre la materia.

Sin embargo, es la justicia ordinaria laboral que, a través de sus Salas Laborales Permanentes de Lima con competencia en la vía ordinaria y la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, ha establecido que no resulta posible contratar obreros municipales bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, lo que ha motivado en el presente capítulo el análisis de los fundamentos expresados en sus resoluciones, luego de lo cual se concluye que ninguno puede ser admitido como válido.

CONCLUSIONES

1. La especial naturaleza de la función pública en el marco del modelo de Estado social y democrático de derecho, implica que deba coexistir, por un lado, la vigencia efectiva de los derechos laborales de los servidores públicos, siendo el Estado el garante de su cumplimiento; y, por otro lado, el respeto de los principios que regulan la especial naturaleza del ámbito público, para garantizar la satisfacción del interés general. Por tanto, debe entenderse lícito el tratamiento diferenciado entre un servidor público y un trabajador que presta servicios en el ámbito privado.

2. La inobservancia del principio de equilibrio presupuestal genera un impacto en los derechos fundamentales cuya eficacia depende, en gran medida, de los recursos económicos disponibles del Estado; dentro de este marco, si bien el principio de progresividad define los esfuerzos del Estado por garantizar la mejora de los derechos sociales en el tiempo, bajo circunstancias muy excepcionales que pongan en riesgo el equilibrio presupuestal, debe entenderse lícita la limitación o regresión de los mismos, siempre que se garantice la protección efectiva de su contenido esencial y se efectúe un análisis de las medidas regresivas bajo la óptica del principio de proporcionalidad.

3. Los principios de eficacia y eficiencia son esenciales en el ámbito de la gestión municipal y están estrechamente vinculados con la contratación laboral del personal para garantizar la ejecución idónea de los servicios públicos y, de la misma manera, con los recursos económicos destinados a financiar los gastos corrientes y de inversión municipal, que correctamente asignados y ejecutados permiten el logro de los objetivos institucionales trazados.

4. El régimen de contratación administrativa de servicios es concebido como un régimen de transición, instaurado para solucionar temporalmente la crisis generada por la coexistencia de diversos regímenes laborales y las contrataciones irregulares bajo la modalidad de servicios no personales en el Estado. Es por ello que este régimen constituye un hito importante en la reforma del empleo público, pues desde

su entrada en vigencia se ha limitado la contratación de personal únicamente bajo su ámbito, a fin de lograr el cierre progresivo de los Decretos Legislativos N° 276 y 728, para la posterior implementación del servicio civil como régimen único y exclusivo del Estado.

5. La contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios no constituye una afectación del derecho fundamental a la contratación con fines lícitos, por cuanto existe una fuente normativa contenida en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057 así como en el numeral 2.1 del artículo 2 de su Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, que habilita expresamente a las Municipalidades a efectuar dicha contratación. Por tanto, a la fecha coexisten dos habilitaciones legales para contratar a los obreros municipales; la Ley Orgánica de Municipalidades que faculta su contratación en el régimen laboral de la actividad privada y el Decreto Legislativo N° 1057, en el régimen de contratación administrativa de servicios.

6. Los decretos legislativos son dictados por el Poder Ejecutivo y están destinados a regular materias específicas autorizadas por el Congreso de la República, mientras que las leyes orgánicas regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, así como las materias autorizadas en la Constitución; en otras palabras, tienen naturaleza jurídica distinta. Por tanto, se concluye que el Decreto Legislativo N° 1057 no modifica ni deroga la Ley Orgánica de Municipalidades, más aún cuando el Código Procesal Constitucional en su artículo 74 ha regulado la facultad de demandar la inconstitucionalidad total o parcial de un decreto legislativo por contravención a una ley orgánica, lo que no ha ocurrido en el caso del Decreto Legislativo N° 1057.

7. La contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios, no implica una afectación del principio de irrenunciabilidad de derechos, por cuanto este principio protege al trabajador frente a la disposición de un derecho del cual es titular. En ese sentido, si el obrero municipal no ha sido contratado en el régimen de la actividad privada y por ende no ha gozado de la

titularidad de los derechos inherentes a dicho régimen, no se puede concretar una renuncia de derechos y por ende no puede operar la aplicación de este principio.

8. El principio de preferencia de contratación indefinida no se ve afectado con la contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios, por cuanto la contratación indefinida era inherente, inicialmente, solo al régimen laboral de la actividad privada, mientras que el contrato administrativo de servicios tenía naturaleza temporal. Sin perjuicio de ello, esta naturaleza temporal ha sido superada con la modificatoria introducida por la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 31131 en virtud de la cual el contrato administrativo de servicios es de tiempo indeterminado, salvo que se utilice para labores de necesidad transitoria o de suplencia; por lo que actualmente este principio laboral también se encuentra recogido en este régimen especial.

9. La contratación de los obreros municipales en el régimen de contratación administrativa de servicios no transgrede el principio de progresividad de los derechos sociales, pues este régimen representa un esfuerzo del Estado tendiente a garantizar la vigencia efectiva de los derechos laborales de los servidores que anteriormente eran contratados bajo la modalidad de servicios no personales. Asimismo, tampoco afecta el principio-derecho de igualdad en relación con el régimen privado, por cuanto ambos son regímenes laborales de naturaleza distinta, lo que justifica el trato diferenciado de los servidores bajo su ámbito.

10. Al declararse, mediante resoluciones judiciales, la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios en el caso de los obreros municipales y ordenarse su incorporación en el régimen laboral de la actividad privada, se genera como consecuencia una deconstrucción del empleo público, pues se imposibilita la unificación de los regímenes laborales en el Estado, al mantenerse vigente y perpetuo un régimen que no ha sido diseñado ni estructurado para el empleo público y que genera una brecha de desigualdad respecto de los servidores sujetos a regímenes laborales públicos.

11. Asimismo, se impacta directa y negativamente en las gestiones municipales y el logro de sus objetivos institucionales trazados para períodos de cuatro años, pues al disponerse la incorporación de los obreros municipales en el régimen laboral de la actividad privada a pesar de haber sido inicialmente contratados en el régimen de contratación administrativa de servicios, se incrementa exponencialmente la cantidad de obreros sin tenerse en cuenta el proceso de dotación de personal orientado a determinar la cantidad necesaria de servidores que debe contratarse para satisfacer la demanda de los servicios públicos municipales en cada jurisdicción.

12. Por último, se afecta el principio de equilibrio presupuestal, debido a que los recursos económicos de las Municipalidades son asignados equitativamente y están destinados a financiar el gasto corriente y el gasto de capital, en respuesta a criterios de eficiencia de las necesidades de cada jurisdicción. La incorporación de obreros municipales, mediante resoluciones judiciales, en plazas no presupuestadas del régimen laboral de la actividad privada incide en el presupuesto municipal pues, a partir de ello, se debe considerar la inclusión de gastos de personal referidos a la planilla de pagos de los servidores de este régimen, lo que afecta también a la ciudadanía como destinataria de los servicios públicos, por la potencial limitación de los recursos para atender el gasto corriente.

RECOMENDACIONES

1. Consideramos de vital importancia que las resoluciones judiciales de la justicia ordinaria laboral que se pronuncien sobre la materia de contratación administrativa de servicios de los obreros municipales, deban observar un análisis lógico, histórico y sistemático de las sucesiones normativas que se han producido en el marco de los regímenes laborales del empleo público, así como de la necesaria coexistencia entre los derechos laborales de los servidores públicos y los principios inherentes a dicho ámbito laboral.

2. La Ley N° 30889 debe ser derogada por el Congreso de la República, en la medida que dispone que los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales no están comprendidos en el régimen laboral establecido por la Ley del Servicio Civil, pues si bien en la presente tesis se sostiene que actualmente los obreros municipales pueden ser contratados en el régimen especial de contratación administrativa de servicios, de la misma manera se concluye que la naturaleza de este régimen laboral es su transitoriedad en el marco de la reforma del empleo público.

En ese entendido, al producirse la eliminación progresiva y posteriormente definitiva del régimen de contratación administrativa de servicios, debería poder incorporarse a los obreros municipales bajo el ámbito de la Ley del Servicio Civil, máxime si el Tribunal Constitucional al analizar este último régimen laboral, estableció que los obreros no realizan ninguna actividad de índole especial que lleve a excluirlos de su aplicación o a considerarlos como parte de un régimen especial. De no derogarse la Ley N° 30889, en el futuro persistirá la problemática sobre la contratación laboral de los obreros municipales, pero esta vez por la falta de un régimen laboral de derecho público bajo el cual contemplarlos.

3. La Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil en su calidad de órgano de línea de la Autoridad Nacional del Servicio Civil y con base en las funciones que le confiere su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado con Decreto Supremo

Nº 062-2008-PCM y modificatorias, debe coordinar la investigación y análisis de la información en materia de contratación laboral de los obreros municipales, a partir de la revisión de las resoluciones judiciales que ordenan la incorporación de dichos servidores bajo el ámbito laboral privado como consecuencia de la inaplicación del régimen de contratación administrativa de servicios; ello, a efectos de que se grafique el impacto que tienen estas resoluciones en el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos y en la reforma del empleo público y se coadyuve con el análisis judicial a través la emisión de opiniones técnicas en el ámbito de su competencia.

4. Finalmente, consideramos que al haberse configurado una contraposición manifiesta entre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial sobre la materia de contratación administrativa de servicios de los obreros municipales, y estando a que los jueces ordinarios deben interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca de algún recurso de casación sobre la materia, debe hacer uso de la facultad contenida en el artículo 40 de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, y convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, a efectos de emitir un precedente judicial, de manera tal que se uniformice criterios sobre el tema para garantizar la seguridad jurídica en sus pronunciamientos.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Referencias Bibliográficas

AA.VV. (2010) “Memorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Municipal”, 1ª Edición. Arequipa, Perú. Edit. Adrus.

Abad Yupanqui, S. (2008). El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta.

Ackerman, M y Maza, M. (2017). Manual de elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Acosta, M. (2004). Teoría General del Derecho Administrativo. México: Porrúa.

Agudo Zamora, M. J. (2017). El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español. Revista de Derecho Político, Nº 100.

Alonso Olea, M. (1981)., Introducción al Derecho del Trabajo, 4. ed. Madrid: Edersa.

Hopenhayn, Martín. (2001). Repensar el trabajo; historia, profusión y perspectivas de un concepto. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma.

Añón Roig, M. (2016) ¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”. En Derechos y Libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos, núm. 34.

Arce Ortiz, E. (2013). Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

Balbín, E. (2005). Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración Pública. Lima: Fondo Editorial Universidad Católica del Perú.

Barbagelata (2008). La Renovación del Nuevo Derecho, Revista Derecho y Sociedad Nº 30, Año XIX, Lima.

Barrantes, R. (2007). Los fondos públicos o de cómo el presupuesto público va perdiendo capacidad redistributiva. Lima: IEP Ediciones.

Beltrán Larco, Luisa. (2013). Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el Estado. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa con Mención en Gestión Empresarial en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú.

Bernal Pulido, C. (2008). El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio. Isonomía.

Bielsa, R. (1956). Derecho Administrativo. 5ta Edición. Tomo III. Buenos Aires: Roque Desalma Editor.

Blancas Bustamante, C. (2007). Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blancas Bustamante, C. (2011). La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales” Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza Pró, G. Autonomía de la voluntad y disposición de derechos en el ámbito laboral: El principio de irrenunciabilidad de derechos.

Boza Pró, G. (2016). La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al ius variandi extraordinario”, en Libro VII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.

Cabanellas, G. (1968). Compendio de Derecho Laboral. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

Cantero Martínez, J. (2001). El Empleo Público: Entre Estatuto Funcionario y Contrato Laboral. Madrid: Marcial Pons.

Cardone, Francisco. (2006). Estudio sobre Tendencias en La Gestión de la Función Pública en Países de la Unión Europea y OCDE”. EN: Seminario internacional denominado “Nuevas perspectivas en la Función Pública española. El estatuto básico del empleado público” realizado en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo. Santander, España.

Chávez Rabanal, M. (2014). Eficacia Jurídica de los derechos sociales y disponibilidad económica. Tesis para optar el grado de magíster en derecho constitucional y derechos humanos, Lima, UNMSM.

Courtis, Christian (2006), La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. Buenos Aires, Del Puerto.

De la Cueva, M. (1990). El nuevo derecho mexicano del trabajo (10ª ed.). México DF: Porrúa S. A.

Díez Moreno, F. (2004). El Estado social, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Dromi, R. (2000). Derecho Administrativo. Madrid: Fareso.

Duarte, D. (2009A). Laboralización de la relación de empleo público. *Revista Derecho del Trabajo*, Volumen X, pp. 1115-1130.

Duarte, D. (2009B). Los Principios del derecho del trabajo en el empleo público, *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Volumen 2

Elías Mantero, F. (1996). La Irrenunciabilidad de los Derechos y Beneficios Sociales. *Vox Juris*, 6, 63.

Escobar Roca, G. (2012). Los derechos fundamentales sociales de prestación. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Fauzi Hamdan, Amad (2001), *Ensayos jurídicos de derecho constitucional y administrativo*, Monterrey, N. L., Senado de la República.

García Belaunde, D. (2012). *El Estado social re-visitado*.

García Enrique (1995). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

García Toma, V. (2003). Valores, Principios, Fines e Interpretación Constitucional. *Revista Derecho y Sociedad*, 21 (14).

García Toma, V. (2013). *Derechos fundamentales*. 2ª ed. Lima: Adrus.

Goldin, A. (2014). Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio. *THEMIS Revista de Derecho*, (65), 27-40.

Gómez Valdez, F. (2007). *Derecho Social y del Trabajo. La Empresa y el Empleador*. Editorial San Marcos.

González Hunt, C. (2004). La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

González, Magdiel. (2006). El Estado social y democrático de Derecho y el Estado Peruano. En: Revista Derecho & Sociedad, nro. 23.

González Ramírez, L. y otro. (2017), Pronunciamientos de la Corte Suprema y del TC en materia laboral. Lima: Gaceta Jurídica.

González Rincón, R. (1995). Conceptualización y naturaleza del salario. Gaceta Laboral, N° 1, Vol. 1, Maracaibo.

Gordillo, Agustín (2003). Tratado de derecho administrativo, Lima, Ara.

Haro Carranza, J. (2004), El nuevo régimen del empleo público: ¿Por qué y para qué? En: Agora, año IV-VI, N° 5-6.

Haro Carranza, J. (2013), Derecho Individual del Trabajo. Lima: Ediciones Legales.

Haro Carranza, J. (2014). SERVIR: El nuevo régimen del Servicio Civil en la Administración Pública. Lima: Ediciones Legales

Huapaya Tapia, R. (2017). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano.

Joyce, P. (2015). Strategic Management in the Public Sector. Routledge. Londres y Nueva York.

Juan Pablo II (1993). Encíclica Laborem Exercens: Ediciones San Pablo-Ilades.

Kresalja R., B.; César Ochoa. (2019). Derecho Constitucional Económico. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Landa Arroyo, C. Los Decretos de Urgencia en el Perú, en Pensamiento Constitucional Nº IX. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales.

Landa Arroyo, C. (2007). Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.

Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, (71).

Landa Arroyo, C. (2014). El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. En revista Themis Nº 65. Lima: PUCP.

López Basanta, J. (1997). "El salario", en Néstor de Buena Lozano y Emilio Morgado de Valenzuela (Coordinadores) Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y UNAM, México, D.F.

Marcenaro Frers, R. (1995). El trabajo en la nueva Constitución. Lima: Cultural Cuzco SA editores.

Marcenaro Frers, R. (2004). El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas. Lima: Dialogo S.A.

Mesía Ramírez, C. (2004), Derechos de la persona. Dogmática constitucional. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Miranda Hurtado, Guillermo. (2004) Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público. Derecho y Sociedad. Año XV, 23 – PUCP

Neves Mujica, J. (1997). Introducción al Derecho Laboral, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neves Mujica, J. (2003). Introducción al derecho laboral. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Ortega, L. (1983). Los Derechos Sindicales de los Funcionarios Públicos. Editorial Tecnos.

Ortiz de Zevallos, G., & Pollarolo, P. (2000). Reforma del Estado: descentralización. Lima: Instituto Apoyo.

Paitán Martínez, J. (2017). Manual del Régimen Laboral Público. Lima: Gaceta Jurídica.

Palomeque López, M. C. (2013). El equilibrio estructural del modelo y sus amenazas. Laborem N° 13, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Parada (2007). Derecho del empleo público. Madrid: Marcial Pons.

Pasco Cosmópolis, M. (1986). El salario: su protección y garantía. En: Derecho PUCP. Neves Mujica, J. (2003), Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Patrón Faura, P., Patrón Bedoya, P. (2004). Derecho administrativo y Administración Pública en el Perú. Lima: Editorial Grijley.

Peces Barba, G. (1984). Los valores superiores. Madrid: Tecnos.

Pizarro Díaz, M. (2006). La remuneración en el Perú – Análisis jurídico laboral. Estudio González & Asociados – Consultores Laborales S.C., Lima.

Pizarro Díaz, M. (2018). La remuneración. Enfoque legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Lima: Gaceta Jurídica.

Plá Rodríguez, A. Los principios del derecho del trabajo. 3era edición. Buenos Aires: Depalma.

Pretei, H., & Pretei, H. (1997). Presupuesto y control. Pautas de reforma para América Latina.

Pulido, C. B. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. Universidad Externado.

Raymond, W. S. (2004). La ‘deconstrucción’ del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable? Relaciones Laborales. Rioja, La Ley.

Rendón Vásquez, J. (1995). Derecho del Trabajo Individual - Relaciones individuales en la actividad privada, Lima, cuarta edición.

Rivas, J. M. (2015). Manual de Derecho del Trabajo. Córdoba: Ediciones Macchi, Tercera edición.

Rubio Correa, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen 2. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sala, P. (2014). La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica, Universidad de Valencia, Valencia.

Sanguineti Raymond, W. (2000). El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica.

Sarzo Tamayo, R. La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano.

Sastre Ibarreche, R. (1973). El derecho al trabajo, donde recuerda los textos de la Ley Le Chapelier y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Madrid: Trotta.

Toyama Miyagusuku, J. (2008). Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Toyama Miyagusuku, J. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico. Lima: Gaceta Jurídica.

Valderrama Luis, Navarrete Alejandro, Díaz Keny... [et al.] (2016). Diccionario del régimen laboral peruano: enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial – 1ª edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Vallés Vives, F. (2003). El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Varela Bohórquez, F. (2020). La negociación colectiva laboral en el sector público los procedimientos arbitrales económicos y su garantía al principio de equilibrio presupuestal. Tesis para optar el grado de doctor en derecho, Lima, USMP.

Weber, M. (2008). El político y el científico. Buenos Aires: El Libertador.

Zavala Costa, J. (1994). Remuneraciones y Jornada de Trabajo. Revista Asesoría Laboral, Año IV. N° 37.

Alcances del decreto de urgencia que regula el ingreso de servidores al Sector Público. Entrevista a Juan José Martínez Ortiz, presidente ejecutivo de SERVIR. Soluciones Laborales, año 13, número 147, marzo 2020.

Referencias web

Alvear Restrepo, José: "Derecho a los Servicios Públicos"

<https://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>

Desarrollo Humano en el Estado Unitario y Descentralizado: el ABC para el bienestar de las personas, en:

<https://www.unicef.org/peru/informes/desarrollo-humano-en-el-estado-unitario-y-descentralizado>

En el Camino de la Reforma del Empleo Público. Disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/eherrera/Camino_Reforma_Empleo_Publico.pdf

Kelsen, Hans "¿Qué es el positivismo jurídico?" en Revista de la Facultad de Derecho de México N° 61. Disponible en <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derechomx/article/view/26290/23671>

Levitsky, Steven: "Una paradoja peruana". En: <http://www.larepublica.pe/columnistas/aproximaciones/una-paradoja-peruana-12-05-2012>

Miranda Hurtado, G. Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público. Derecho & Sociedad. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16848>

Rodríguez, José. (2008). Análisis de los Regímenes Laborales en el Sector Público. Lima: Sitio web: http://gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/recur_humanos/2008/rechum_08_2.pdf

Toledo Toribio, O. "El principio de progresividad y no Regresividad en materia laboral", en Revista Derecho y Cambio Social, N° 23, en: http://www.derechocambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf.

Toyama Miyagusuku, J. (2010). Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral. *IUS ET VERITAS*, 20 (40), 140-158. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12146>

Varela Bohórquez, F. Ley 31131: Golpe a la reforma del empleo público y la obligación del gobierno de impulsar su inconstitucionalidad antes de las elecciones. En: <https://actualidadlaboral.com/ley-31131-golpe-a-la-reforma-del-empleo-publico-y-la-obligacion-del-gobierno-de-impulsar-su-inconstitucionalidad-antes-de-las-elecciones/>

Vergara, H. ¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la justicia administrativa. *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 14, N° 27, pp. 180 - 182. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5197371.pdf>