

# Desigualdad y empleo público, comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 31131

## *Inequality and public employment comments on the Constitutional Court's ruling on the unconstitutionality of the Law n° 31131*

ERICK CUBA MENESES<sup>1</sup> 

### RESUMEN:

El autor analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la inconstitucionalidad de la ley que elimina el régimen CAS, discutiendo su contenido y omisiones. En esa línea, se realiza un contraste de la sentencia con regulaciones internacionales y perspectivas doctrinarias relacionadas con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, para demostrar la falta de cumplimiento de ciertos compromisos por parte del Perú hacia los empleados públicos. Finalmente, ofrece su opinión sobre el pronunciamiento.

**Palabras clave:** inconstitucionalidad, carrera administrativa, empleo público, derechos sociales, DESCAs

### ABSTRACT:

The author analyzes the Peruvian Constitutional Court's ruling on the unconstitutionality of the law eliminating the CAS regime, discussing its content and omissions. In this regard, the judgement is compared with international regulations and doctrinal perspectives related to economic, social, cultural, and environmental rights to demonstrate that Peru fails to comply with its international commitments regarding public employment. Finally, he offers his opinion on the ruling.

**Key words:** unconstitutionality, administrative career, public employment, social rights, DESCAs.

<sup>1</sup> Profesor Investigador del área de Derecho Administrativo y Regulatorio de la Universidad Científica del Sur (Lima, Perú). Doctorando en Derecho Administrativo (Universidad Paris Panthéon Assas, Francia). Master Level Degree -DSU en Derecho Administrativo (Universidad Paris Panthéon Assas, Francia). Magíster en Derecho de la Empresa (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú). Abogado (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú). Correos electrónicos: ecubam@cientifica.edu.pe y ecubam@gmail.com Dirección postal: Calle Cantuarias 385, Miraflores, Universidad Científica del Sur, Lima – Perú.

## 1. Introducción

En teoría, el Estado canaliza los discursos sociales y es su epítome, de tal modo que los disensos sociales entre grupos y entre estos y el gobierno mismo se disipan en un entramado de principios que sostienen el sistema político de una sociedad.

Pero, ¿qué pasa cuando los disensos se presentan entre dos Poderes del Estado que, olvidando su finalidad, disponen a los ciudadanos en contra del Estado mismo y ofrecen soluciones imposibles de cumplir? En el Estado Constitucional, el Tribunal Constitucional es el gendarme de la Constitución que está llamado a pacificar los conflictos en la sociedad, a orientar a los Poderes del Estado y custodiar el balance entre sus atribuciones y competencias. Para ello, se le ha dotado de competencias y funciones que permiten una intervención más garante de los derechos fundamentales.

El 30 de noviembre de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional deliberó el pronunciamiento sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo en contra de la Ley No 31131, la cual regulaba la transición de los trabajadores del Estado bajo la figura de los Contratos Administrativo de Servicios (CAS), regulado por los Decretos Legislativos No 276 y No 728. La ley impugnada fue aprobada por insistencia por el Poder Legislativo, ante la renuencia del Poder Ejecutivo de promulgarla dada la falta de absolución de las observaciones hechas por el segundo.

El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda, brindando una interpretación conforme de una de las disposiciones impugnadas. Sin embargo, la sentencia tuvo poco alcance y se limita a sumarse a una lista de pronunciamientos relativos a las competencias sobre la administración de la hacienda pública, el diseño del régimen de empleo público y las características de las que debe gozar.

El presente trabajo tiene como objetivo comparar el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el empleo público, junto con las posiciones de las partes y su razonamiento, con un panorama de regulaciones, principios y lineamientos que no han sido considerados por el tribunal a pesar de ser relevantes. Se enfatiza la necesidad de que el este cumpla con su rol orientador de los Poderes del Estado y en el diseño de políticas públicas. El trabajo parte de las limitaciones de la sentencia, las cuales se comparan con herramientas de política pública para el empleo público. Finalmente, se expone la perspectiva del autor en relación al contenido de la sentencia.

## 2. Premisa - El rol orientador del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia constitucional

En el Estado Constitucional se requiere la asunción de un rol más fuerte y activo por parte del gendarme de la constitución.

Ello porque la Constitución no solo incorpora disposiciones, sino también valores superiores (...), pero también dinamiza los principios expresa o tácitamente previstos en las Constituciones (...). En la actualidad, esto implica, además, desconocer los desarrollos contemporáneos del Derecho Constitucional en cuanto se refiere a la interpretación, toda vez que se distingue entre disposición (...) y norma (Landa, 2011, p. 86).

Esta función orientadora es aún más evidente en los procesos de inconstitucionalidad, en los que se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y

“fomentando el desarrollo del derecho objetivo”, al mismo tiempo de ejercer una labor de “orientación a los órganos del Estado” (Tribunal Constitucional, 21 de enero de 2002).

En esa línea, el proceso constitucional “busca encontrar soluciones justas a los conflictos constitucionales que *prima facie* no son otros que los que plantean la violación de los derechos humanos” (Landa, 2018).

### 3. Panorama del estatuto de los servidores y del diseño un adecuado régimen de empleo público

#### 3.1 El derecho al trabajo y los derechos laborales de los trabajadores de la administración pública en el Estado social

La comprensión de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) está impregnada de la dificultad práctica de su exigibilidad y eficacia. A diferencia de los derechos de libertad, en los cuales el Estado debe restringir su ámbito de influencia, los DESCAs implican la elaboración e implementación de políticas públicas; una labor que requiere de tiempo, lo que trae consigo la permanencia de situaciones injustas.

Para el autor Robert Alexy, los “derechos a prestaciones en sentido estricto” o “derechos sociales fundamentales” son derechos que los individuos ostentan frente al Estado y cuyo objeto es la posibilidad de exigir la prestación de un servicio que “si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente podría obtenerlo también de particulares” (Alexy, 1993, p. 482).

El profesor alemán argumenta en pro de la existencia de los DESCAs que las libertades sólo pueden ser ejercidas si existen los presupuestos para la autodeterminación: las condiciones materiales y espirituales (Alexy, 1993, p. 487). Además, el autor reconoce que otro de los postulados en favor de estos derechos es que, en las actuales condiciones de la sociedad industrial, buena parte de las necesidades básicas de los seres humanos no depende de ellos.

La inspiración de este segundo argumento es el trabajo de Forsthoff (1975), quien parte de la idea de que Estado y sociedad son una dualidad necesaria. Así, Forsthoff señala que “el Estado se halla ligado a las relaciones de poder en la sociedad, y se halla mezclado en los confrontamientos políticos que versan sobre tales temas”, dado que “el bienestar de todos depende de la capacidad de funcionamiento de la economía” (Forsthoff, 1975, p. 32). De tal forma que Estado y sociedad no pueden estar absolutamente separados. El Estado social es el resultado de esa interacción y el punto que concentra la nueva legitimación del poder estatal. La principal consecuencia de ello es que se abandona la idea de que los derechos tienen su origen en un momento anterior al Estado, constituido mediante la norma fundamental, la cual se limita a *reconocerlos* (Bastida, 2009, p. 108). Si se busca lograr un equilibrio justo entre los intereses de todos y las necesidades de la industria, no se pueden ignorar estas últimas con argumentos ideológicos. Las necesidades sociales están estrechamente relacionadas con el equilibrio de la balanza comercial, el nivel de producción y el empleo completo, todos los cuales son factores que influyen en el correcto funcionamiento de la sociedad industrial (Forsthoff, 1975, pp. 36-39).

Con ello, Forsthoff reconoce que muchas labores y tareas exigidas al Estado fundamentadas en el principio del Estado Social responden a una *forma* o a una *estructura* determinada de sociedad: la sociedad industrial. En este tipo de sociedad, el ser humano ha visto reducida las posibilidades de proveerse de los recursos

para satisfacer sus necesidades. En un escenario así, es la Administración Pública quien será la encargada de ese ámbito al que el ser humano no puede acceder. Los DESCAs son la herramienta para materializar ello.

De entre los DESCAs, dice Peces-Barba dos son los derechos abanderados: el derecho a la propiedad, “un derecho a prestación en sentido amplio como derecho a protección en la tipología del profesor Alexy” (Alexy, 2009, p. 95), y el derecho al trabajo, “la principal reivindicación de la izquierda europea desde la aparición de la clase trabajadora y de la toma de conciencia de sus derechos” (Alexy, 2009, p. 95). Pero ninguno de los dos derechos podría gozar de la categoría de derecho fundamental, debido a la imposibilidad de su generalización (Peces-Barba, 2009, p. 97).

### 3.2 En la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido del principio del Estado social de Derecho como principio enunciado en el artículo 43 de la Constitución en diversos pronunciamientos. Uno de esos pronunciamientos fue la sentencia recaída en el caso Más de Cinco Mil ciudadanos con Poder Ejecutivo (2003), en el que el Tribunal sostiene que:

Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial. Al respecto, García Pelayo sostiene que la unidad entre el Estado social y la comunidad nacional hace posible otra característica de dicho tipo de Estado, a saber, su capacidad para producir la integración de la sociedad nacional (Tribunal Constitucional, 11 de noviembre de 2003).

Según el máximo intérprete constitucional, en el Estado social el crecimiento económico no puede estar reñido con la dignidad humana y las condiciones mínimas vitales que de ella derivan, sino que deben armonizarse (Tribunal Constitucional, 1 de abril de 2005). A diferencia de Forsthoff, para el Tribunal Constitucional no existe una contradicción en el sentido de un problema en reunir en un mismo cuerpo normativo el principio del Estado de derecho y el Estado social. En esta línea, el Tribunal ha desarrollado que:

[L]a configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la exigencia 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 (...) tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención (Tribunal Constitucional, 15 de febrero de 2005).

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los DESCAs constituyen verdaderamente “derechos fundamentales”, son “derechos públicos subjetivos”, pero no son derechos de aplicación directa. No obstante, el alto tribunal indica que los DESCAs son “reconocidos por el Estado y no otorgados por éste” (Tribunal Constitucional, 8 de julio de 2005). De hecho, los derechos sociales complementan a los derechos liberales, teniendo en cuenta que todos los derechos forman un todo (Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2004).

Además, en postura del Tribunal, los DESCAs son un conjunto de “facultades” que favorecen a los estratos menos favorecidos de la sociedad y que viven en condiciones disonantes con la dignidad humana (Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2004). En este último caso, el Tribunal Constitucional se refirió

al concepto de exigencia, es decir, el “derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, (...) al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución” (Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2004). En suma, no son eficaces gracias a su mera enunciación en la Constitución, sino que deben ser desarrollados por el legislador (Tribunal Constitucional, 8 de julio de 2005).

La implementación de dichas medidas se materializa a través de políticas públicas, cuya estructuración y puesta en marcha requiere tiempo. Pero no puede ser cualquier periodo de tiempo de tal forma que los regentes del Estado terminen por no emplear ningún esfuerzo en pro de la efectividad de los DESCAs. Para atender ese aspecto, el sistema responde con el principio de progresividad.

El principio de progresividad constituye tanto un mandato al Estado de desarrollar, implementar y satisfacer las demandas emanadas de los DESCAs adoptando las medidas necesarias y posibles, como una prohibición de retroceder en esa tarea, de reducir espacios logrados de cumplimiento. No obstante, esta prohibición se relativiza “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” (Tribunal Constitucional, 27 de septiembre de 2014).

Este desarrollo que el Tribunal Constitucional realiza de los DESCAs lleva implícito el tema del presupuesto público. Según esta corte, los DESCAs van más allá de ser simples normas de *efecto mediato*. De hecho, su satisfacción mínima es esencial para garantizar el disfrute de los derechos políticos y civiles. La libertad y la igualdad social no pueden existir sin condiciones dignas de vida como la educación, la salud y una calidad de vida satisfactoria. Por esta razón, tanto legisladores como los encargados del sistema de justicia deben trabajar juntos para garantizar su cumplimiento en forma conjunta e interdependiente (Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2004).

En ese sentido, el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones inherentes a los DESCAs se manifiesta a través de la progresiva implementación de políticas públicas dirigidas a ello. Así, el tribunal ha establecido que la capacidad presupuestaria del Estado no es óbice para cumplir con su misión, ni es argumento válido para denegar la satisfacción de los DESCAs, de tal forma que “[u]n derecho económico o social que no puede ser implementado por el Estado por falta de presupuesto siempre será exigible por ser un derecho fundamental de la persona” (Rubio, 2013, pp. 218-219).

Este criterio se aplica al derecho al trabajo. En efecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que su contenido esencial comprende dos aspectos: el derecho de acceso a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido por causa no justa. El primero de ellos no supone tanto el derecho a que se otorgue una plaza de trabajo como la obligación del Estado de adoptar una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual “implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado” (Tribunal Constitucional, 11 de julio de 2002).

### **3.3 La función pública en la Constitución y la carrera administrativa como bien constitucionalmente protegido**

Dado que el objetivo de este artículo no es el desarrollo de las teorías aledañas a los conceptos que se utilizarán como herramientas, no nos extenderemos el análisis de estos, sólo enunciaremos las herramientas que serán de utilidad para analizar la sentencia.

El concepto de bien constitucional guarda actualmente relación con el del contenido de un derecho fundamental. Así, pues, se ha dicho que el segundo tiene preeminencia sobre el primero (Sosa, 2011, p. 125), que tienen una jerarquía mayor dentro de la Constitución (Tribunal Constitucional, 29 de agosto de 2005), que el segundo se determina por la existencia de varios de los primeros en la Constitución (Sosa, 2007) o, en fin, que la vigencia y promoción de los primeros implica una restricción del segundo (Brudner, 2011, p. 257).

La Constitución tiene distintas normas con diferentes naturalezas y estructuras. De entre ellas, los llamados bienes constitucionales se refieren a derechos y principios constitucionales, que son eficaces frente al Estado y la sociedad. Los derechos fundamentales tienen el rango más alto, mientras que los bienes constitucionales tienen un rango inferior, pero siguen generando obligaciones para el Estado. Este trabajo parte de la premisa de que los bienes constitucionales pueden limitar y armonizarse con los derechos fundamentales y también limitar otros bienes constitucionales.

Así, pues, el Estado se encuentra obligado a proteger el medio ambiente o proteger la competencia en el mercado de conductas y acciones dirigidas a socavarla o eliminarla. Especialmente, en el presente trabajo nos enfocaremos en el bien constitucionalmente protegido de la carrera administrativa, calificada como bien constitucional por el Tribunal Constitucional. Pero antes de ello, realizaremos una distinción conceptual entre la *función pública* y la *carrera administrativa*.

Para el máximo intérprete de la Constitución, cuando nuestra norma fundamental hace referencia a la función pública en su Capítulo IV, comprende no solo la llamada *función pública representativa*, referida a tareas de representación política (Tribunal Constitucional, 25 de abril de 2006), sino también la *función pública no representativa*, que comprende el servicio profesional en una administración pública. Más aún, el TC ha desarrollado un concepto material de función pública, según el cual, es un funcionario público quien sea que preste efectivamente servicios en una entidad pública (Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2005).

Esta comprensión amplia a nivel constitucional no se replica a nivel legal a excepción de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley No 27815, la cual en su artículo 2, “entiende por función pública 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”. Esta misma ley instituye, en su artículo 4, los fines de la función pública, según ella entiende este concepto:

Los fines de la función pública son el Servicio a la Nación (...) y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos.

Es preciso tener en cuenta que el concepto que acogen los cuerpos de rango legal es lo que en el cuerpo constitucional se denomina *función pública representativa*<sup>2</sup>.

El Tribunal Constitucional ha entendido que el acceso a la función pública no solo es un bien jurídico, sino también un derecho fundamental que está consustancialmente vinculado al principio de mérito.

<sup>2</sup> Para la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, la función pública es solo una categoría del empleo público, al lado del empleado de confianza y del servidor público. En cambio, conforme a la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, la categoría general es la de servidor público, la cual comprende al funcionario público.

No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de acceso a la función pública pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. (...) En cuanto al acceso a la función pública, cabe señalar que (...) este derecho “no garantiza una pretensión a ser admitido en una función pública”. Él garantiza la participación en la función pública, pero de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado, requisitos cuya validez está condicionada a su constitucionalidad (Tribunal Constitucional, 25 de abril de 2006).

En cuanto a la carrera administrativa, estatuida en el artículo 40 de la Constitución, excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Al decir de Morón Urbina, el dispositivo constitucional “institucionaliza la distinción constitucionalmente relevante entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y servidores públicos, y el régimen jurídico aplicable a la relación laboral propia de la actividad privada” (Morón, 2013, p. 905).

Pero el artículo 40 de la Constitución Política del Perú es también una disposición que implica una reserva legal. En este sentido, los instrumentos legales dirigidos a desarrollar el contenido de las categorías constitucionales *función pública* y *carrera administrativa* serán normas de desarrollo constitucional.

Por otro lado, respecto de la regulación del empleo público por parte de los poderes competentes, el Tribunal Constitucional ha indicado que el régimen del servicio civil tiene como fin el servicio a la nación y, por ello, “el sistema o régimen del Servicio Civil no solo debe regular los aspectos medulares de los derechos y deberes de los servidores públicos, sino que también debe desarrollar los principios y directrices que orientan la actuación de los empleados o servidores públicos” (Tribunal Constitucional, 26 de abril de 2016).

Aunado a todo lo anterior, se debe tomar en cuenta que el diseño del régimen del empleo público debe tener presente ambos extremos: por un lado, la seguridad de que su fin es el servicio de la Nación y, por otro, el entendimiento de que ese servicio se sustenta de personas reales, con demandas y necesidades reales, con derechos como el de un trabajo digno y estable, lo que implica que no se repliquen como regla general situaciones que debieran ser excepcionales, o no suceder en el Estado, como es la proliferación de contratos a tiempo determinado.

### **3.4 Competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en torno a la hacienda pública, el presupuesto público y los recursos humanos del Estado**

Una de las sentencias que ha establecido criterios importantes en cuestión de carrera administrativa y que sirve como antecedente a la sentencia bajo comentario es aquella recaída en el expediente No 0011-2020-PI/TC.

En aquella sentencia, el Tribunal inició refiriendo que la separación de poderes prescrita por la Constitución no debe entenderse en el sentido de una absoluta e irreconciliable separación, sino que comprende el principio de colaboración entre poderes, en este caso entre el Ejecutivo y el Legislativo. En este sentido, el Tribunal Constitucional, apoyándose en un anterior pronunciamiento, recalca que el principio de separación de poderes tiene cuatro “rasgos de identidad”: el principio de separación de poderes propiamente dicho, el de balance entre poderes, el de cooperación y el de solución democrática (Tribunal Constitucional, 6 de noviembre de 2018).

En algunas materias, como las presupuestarias, el principio de cooperación requiere que el Poder Ejecutivo y el Congreso participen conjuntamente, pero esto no afecta la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo en la administración de la hacienda pública, ni la prohibición del Poder Legislativo para iniciar la creación o aumento de gastos. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha calificado de vicio de inconstitucionalidad de fondo el contenido de una ley que sea contrario al artículo 79 de la Constitución (Tribunal Constitucional, 11 de junio de 2013)<sup>3</sup>, además de ser una inconstitucionalidad manifiesta (Tribunal Constitucional, 7 de enero de 2021). Por lo que, a efectos de mantener la coherencia de criterios, en aras de la seguridad jurídica y la supremacía constitucional, un nuevo caso similar no podía ser fallado en un sentido distinto. Sin embargo, la única razón para dicho criterio no es la prohibición constitucional, sino también el hecho de que las normas infractoras del artículo 79 de la Constitución, que exceden las competencias asignadas al Poder Ejecutivo por el artículo 118 de la Constitución

Traería graves consecuencias que afectarían a los demás sectores pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que, al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos trazados (...) La obligación que el legislativo crea al Ministerio de Economía y Finanzas afecta (...) el equilibrio financiero del Estado, puesto que (...) podría hacer un forado en la caja fiscal capaz de alterar los objetivos trazados, lo que traería graves consecuencias, hablando en términos financieros, al Estado (Tribunal Constitucional, 23 de septiembre de 2009).

Todo lo anterior sirvió al tribunal para concluir preliminarmente que el Poder Ejecutivo debe aprobar las iniciativas del Poder Legislativo que impliquen la creación o aumento del gasto público y que casos como el de los trabajadores de la salud o el de los trabajadores bajo el régimen de la contratación administrativa de servicios deben ser analizados con la mira puesta en su incidencia “en el presupuesto y en la gestión fiscal de los recursos humanos” (Tribunal Constitucional, 23 de septiembre de 2009).

De todo lo anterior, se infiere que si bien el artículo 40 de la Constitución ha reservado al legislador ordinario la configuración de la carrera administrativa, los artículos 118 y 79 constitucionales le atribuyen en exclusividad al Poder Ejecutivo la administración de la hacienda pública, por lo que la configuración referida al empleo público en general dispuesta por el legislador debe sujetarse a las normas, lineamientos y directrices dispuestas por el Poder Ejecutivo.

La jurisprudencia constitucional ofrece orientación al legislador en la elaboración de leyes que regulen la carrera administrativa y los derechos de los funcionarios públicos. Según la sentencia en el Caso Ley del Servicio Civil, el legislador tiene cierta libertad para definir el contenido y extensión de la carrera administrativa, pero esta discreción no es absoluta. El legislador debe considerar que la finalidad de la carrera administrativa es establecer un estatuto jurídico que garantice la igualdad y el mérito de los servidores públicos, y que la función pública opere dentro de los límites de la Constitución (Tribunal Constitucional, 23 de septiembre de 2009).

### **3.5 La gestión de recursos humanos del Estado en los pronunciamientos de organismos internacionales y en instrumentos internacionales**

La Constitución Política del Perú atribuye al Poder Ejecutivo la competencia para administrar los recursos humanos del Estado y asigna al legislador la competencia para desarrollar la institución de la carrera

<sup>3</sup> Véase también: Tribunal Constitucional, 7 de agosto de 2018.

administrativa, la función y empleo públicos en general. Ahora bien, además de la alineación de las directrices de ambos poderes, estas deben alinearse con compromisos internacionales.

### 3.5.1 La Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública

La Carta Iberoamericana de la Función Pública, adoptada en 2008 por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, forma parte de los compromisos de Buen Gobierno asumidos por el Perú. Su objetivo es establecer un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos del Estado que armonice la eficacia y la eficiencia de la gestión pública con los principios de la función pública. Estos principios incluyen la igualdad y no discriminación, el mérito, desempeño y capacidad, la eficacia, efectividad y eficiencia, la transparencia, objetividad e imparcialidad, y el pleno sometimiento al ordenamiento jurídico (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 8).

La carta entiende por función pública aquel “conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada” (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 2). Asimismo, se enuncia que “la modernización de las políticas públicas de gestión del empleo y los recursos humanos constituye un eje de las reformas de la gestión pública” (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 6).

Los resultados de las administraciones públicas dependen de las personas, en los términos de la Carta Iberoamericana. Esta dependencia puede expresarse en dos sentidos: por un lado, dependen del “grado de adecuación del dimensionamiento, cuantitativo y cualitativo, de los recursos humanos, a las tareas que deben realizarse”; por otro lado, aquellos aspectos son resultado de las personas y su conducta, la cual está influida por dos factores, principalmente: la idoneidad de los empleados debido a sus competencias y cualidades y la motivación o el nivel de esfuerzo que los servidores estén dispuestos a aplicar (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 10).

Un punto a destacar es que pese a que la Carta Iberoamericana acepta que el régimen del empleo de la administración pública debe ser distinto del régimen ordinario de la actividad privada o contener disposiciones especiales (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 59) —dejando abierta la posibilidad de que los Estados puedan someter a relaciones laborales de derecho privado sus relaciones con sus empleados—, también parte de la premisa de que los esfuerzos que puedan hacerse desde el derecho “puede no ser suficiente para garantizar una articulación efectiva de los mecanismos que hacen posible una administración profesional” (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 4). En buena cuenta, se dispone:

Las regulaciones del empleo público deberán:

- a) Garantizar la plena operatividad de los principios de igualdad, mérito y capacidad (...) protegiéndolo de la politización, el clientelismo, la arbitrariedad y la captura por intereses particulares.
- b) Limitar el alcance de la singularidad normativa a aquellos elementos indispensables para garantizar la profesionalidad de las Administraciones Públicas, sin incorporar especialidades que incurran en discriminación o privilegio de los servidores públicos.

(...)

d) Incorporar las pautas de flexibilidad que resultan imprescindibles para una gestión eficaz de los recursos humanos.

Y, ¿qué entiende por administración profesional? Pues “una Administración Pública dirigida y controlada por la política en aplicación del principio democrático, pero no patrimonializada por ésta, lo que exige preservar una esfera de independencia e imparcialidad en su funcionamiento, por razones de interés público” (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 3). En esta forma de administración, los empleados públicos tienen oportunidad de ascenso, desarrollo académico y realización profesional.

En otra sede, la Carta Iberoamericana contiene disposiciones sobre la compensación del trabajo en el empleo público. Al respecto, este instrumento prescribe que las estructuras salariales, las políticas y prácticas de retribución han de “responder a un conjunto de prioridades y objetivos vinculadas a la estrategia y a la situación financiera y presupuestaria de las organizaciones, y no a meras prácticas inerciales o a medidas de respuesta reactiva frente a reivindicaciones individuales o colectivas o conflictos laborales”. Tales estructuras y políticas, regidas por el principio de equidad (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 31), deben buscar, más bien, incorporar estímulos en los servidores al esfuerzo y al mayor rendimiento individual y colectivo y la adquisición y desarrollo de competencias (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 30).

Además, el sistema salarial debe estar dentro de ciertos límites: no puede ser tan bajo para no reducir “los incentivos de carrera y el estímulo al rendimiento, ni demasiado amplio, lo que podría traslucir un síntoma de captura del sistema por algunas élites, y reflejaría un mayor o menor grado de inequidad salarial” (Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública, 2008, artículo 32). En general, las entidades públicas deben velar porque el régimen laboral de los empleados públicos sea propicio para el ejercicio y satisfacción de sus derechos y porque el ambiente laboral sea adecuado para ellos.

Como se aprecia, este instrumento se basa en un modelo profesional y gerencial de la administración pública y en la idea de que una regulación del empleo público correcta, eficiente, eficaz, equilibrada y respetuosa con los derechos laborales de los servidores es indispensable para una mejor prestación de los servicios públicos. Pero no solo es la buena administración el fin que cualquier regulación del servicio público debe perseguir de manera mediata, sino que también lo debe ser el bienestar de los trabajadores, como fin inmediato.

### **3.5.2 Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de 1978, Convenio 151 de la Organización Internacional de Trabajo (C151)**

Vigente en el Perú desde el 27 octubre 1980, el C151 desarrolla una serie de disposiciones relativas a los derechos laborales colectivos de los empleados públicos, especialmente la libertad sindical, prescribiendo la adopción de medidas en contra de la discriminación por razón de afiliación a una organización sindical.

El C151 se aplica a quienes fungen como empleados de las administraciones públicas de los estados que hayan ratificado el convenio, a menos que existan otras normas aplicables que resulten más favorables. Con lo cual, el convenio acoge una definición amplia de empleado público. Dada la naturaleza del documento, los estados tienen discrecionalidad para configurar los sistemas de gestión de sus recursos humanos, mas no sin reconocer los derechos instituidos en el convenio. Este instrumento es aplicable igualmente a las fuerzas armadas y policiales, pero son los estados quienes deciden hasta qué punto.

Principal —y casi únicamente— el convenio regula los derechos laborales colectivos de los empleados públicos, sus derechos civiles y políticos para el ejercicio normal de la libertad sindical, su protección contra actos de hostilidad y la independencia y protección de las organizaciones de empleados públicos. Además, reconoce las facilidades que se deben otorgar a los empleados públicos para el ejercicio de sus derechos colectivos.

## 4. La sentencia del Tribunal Constitucional

### 4.1 Sobre el contenido y fallo de la sentencia

En primer lugar, el Tribunal concuerda con el demandante en cuanto a que la Ley No 31131 solo aumenta la lista de las normas referidas al empleo público que ocultan una iniciativa de gasto prohibida para el Poder Legislativo y que se emite sin el respaldo o la coordinación con el Poder Ejecutivo.

Luego de abordar el tópico de la exclusiva competencia de la administración de la hacienda pública asignada al Poder Ejecutivo por el legislador constitucional, el Alto Tribunal examina el proceso legislativo que atravesó el proyecto de ley hasta que fue puesto a disposición del Poder Ejecutivo y devuelto con observaciones, entre ellas una en respuesta al análisis costo-beneficio realizado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso, que arrojó que la ley no generaría costos al erario público, lo cual fue desmentido por el Ejecutivo. Con ello, el tribunal concluye que no se habría verificado la realización de un adecuado “análisis financiero” ni se habría tomado en cuenta el “impacto económico del cambio del régimen laboral advertidos por el Poder Ejecutivo” (Tribunal Constitucional, 30 de noviembre de 2021), concluyendo que no se habría respetado el principio de cooperación de poderes.

Enseguida, el tribunal hace suyos los argumentos ya expresados en anterior jurisprudencia respecto al equilibrio y estabilidad presupuestaria, para en un siguiente momento realizar una rescatable interpretación conforme de la única disposición complementaria modificatoria de la Ley No 31131, la cual modifica el artículo 5 del Decreto Legislativo No 1057, prescribiendo que el CAS es de tiempo indeterminado con excepciones, y el artículo 10, cuyo nuevo texto daría lugar a la reposición por despido sin causa disciplinaria o causa relativa a la capacidad del trabajador. En cuanto a lo primero, el tribunal establece que la modificación era constitucional bajo una interpretación condicionada<sup>4</sup>.

En vista a lo anterior, el Tribunal Constitucional acoge parcialmente la demanda, declarando inconstitucionales los artículos 1 a 5 de las disposiciones complementarias finales de la Ley N° 31131, y condicionando la única disposición complementaria modificatoria de la ley a una interpretación determinada.

<sup>4</sup> Ella habrá de ser interpretada en el sentido siguiente:

- (i) Son aplicables a los CAS que se suscriban a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 31131, esto es, desde el 10 de marzo de 2021.
- (ii) Corresponde a la entidad estatal contratante determinar las labores de carácter permanente y las de necesidad transitoria o de suplencia. Solo podrán ser consideradas labores permanentes las relacionadas con la actividad principal de la entidad pública.
- (iii) Para que un CAS sea de plazo indeterminado, es necesario que el trabajador haya superado un concurso público para una plaza con carácter permanente.
- (iv) La reposición a que se refiere el Decreto Legislativo 1057, puede darse solo al régimen CAS. Para la reposición de un trabajador CAS de tiempo indeterminado, el juez deberá comprobar: a) que el trabajador CAS ingresó por concurso público para una plaza permanente y b) que sus labores corresponden a la actividad principal de la entidad.
- (vi) La reposición de un trabajador del régimen CAS con labores de necesidad transitoria o de suplencia, solo podrá ordenarse dentro del plazo del correspondiente contrato. (Tribunal Constitucional, 30 de noviembre de 2021).

## 5. Perspectivas del contenido de la sentencia

Respecto a las cuestiones procedimentales y de contenido, la sentencia se adecúa a la línea jurisprudencial ya afirmada por el tribunal en previos pronunciamientos similares. Sin embargo, cae en el vicio de restringirse en la emisión de directrices que orienten a los poderes del Estado en pugna para el diseño de un régimen de empleo público respetuoso de los derechos laborales de los trabajadores. Por ello, la sentencia adolece de una intervención propia de quien es el máximo intérprete de la Constitución, dejando de lado su rol orientador de la jurisprudencia constitucional.

Ello representa una oportunidad perdida para desarrollar y sentar doctrina respecto de las directrices de políticas públicas de los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, algunos de los cuales se desarrollaron en el presente trabajo que se refieren al empleo público, pero también aquellos referidos a los DESCAs de los empleados públicos.

La función pública no solo tiene una perspectiva de cara al ciudadano, sino una también de cara a quienes la forman: a los trabajadores de las entidades estatales que sostienen el funcionamiento del aparato estatal.

La sentencia, pues, se ha convertido en una más de las que han servido para construir una línea jurisprudencial respecto de la asignación de competencias que se desprende de los artículos 40, 79 y 118 de la Constitución. No obstante, falla en cuanto a la emisión de una orden que efectivamente apunte a solucionar de manera definitiva el problema detectado por el mismo tribunal y que se relaciona con la gradualidad y el retraso estatal para acabar con la temporalidad.

El régimen CAS fue creado en 2008 con el fin de solucionar la contratación de servicios no personales por parte de las entidades públicas y que proliferó en la década de 1990. Esta modalidad de contratación surgió como respuesta al régimen de austeridad presupuestal impuesta a la contratación de nuevo personal por parte del Estado y tenía como finalidad el ahorro de costos laborales y la estructuración de una contratación de personal más flexible. Sin embargo, el régimen CAS ha replicado los defectos de los servicios no personales, por cuanto ha conservado la situación precaria de algunos trabajadores del sector público.

Ante esto, el Tribunal Constitucional se restringe ante el poder público y reitera el llamado a los Poderes Ejecutivo y Legislativo para que ejerzan sus competencias y solucionen tal problema. En posición de este autor, ello representa una inhibición inadecuada por parte del supremo intérprete de la Constitución, llamado a dar respuesta a la pregunta relativa a la constitucionalidad del régimen CAS o, en general, cualquier régimen que implique tratamientos desiguales que colocan a ciertos trabajadores en desventaja respecto de otros dentro de una misma entidad, negándoles una situación estable y segura en materia laboral.

En lo que respecta a la adecuación del régimen CAS a los tratados internacionales, si bien cada Estado tiene competencia para regular los derechos laborales de los servidores y trabajadores del sector público, ello no implica que pueda sortear el cumplimiento de estándares mínimos de respeto a los derechos fundamentales en materia laboral.

En específico, y con relación a la cuestión del ingreso meritocrático y en igualdad de oportunidades, la ley impugnada en el caso en comentario exoneraba del concurso público a los trabajadores del régimen CAS o que mantuvieran contratos de servicios no personales. El Tribunal Constitucional reprobó ello, lo cual es loable en virtud de los principios laborales en el sector público. Pero en su rol de garante de los derechos

fundamentales, se esperaba que el Tribunal expresara algún juicio sobre la adecuación constitucional del régimen CAS que obligase a los Poderes del Estado a actuar para su eliminación definitiva.

Al igual que otras sentencias, aquella comentada en el presente trabajo se suma a una larga lista que asocian la existencia del régimen CAS a las dificultades presupuestarias de las entidades públicas y la necesidad de hacer frente, en esas condiciones, a la necesidad de personal. ¿Qué hay del otro lado? Un grupo de trabajadores en clara desigualdad respecto de sus pares. ¿Quién debe dar la solución definitiva? Ante esta pregunta, el tribunal se remite a lo que indiquen el Poder Ejecutivo y el Legislativo, nada más.

Este es uno de los problemas de fondo que afecta a los trabajadores del régimen CAS. Aunque existe una ley que busca regular el empleo público, el régimen CAS sigue vigente y es criticado por diferentes sectores, en especial los trabajadores que no tienen estabilidad laboral o contratos indefinidos, específicamente aquellos contratados antes del 10 de marzo de 2021. Esto se evidenció en un auto del 27 de enero de 2022, en el que el Tribunal Constitucional rechazó el pedido de aclaración del Poder Ejecutivo.

Afortunadamente, el tribunal se toma la atribución de exhortar al Poder Ejecutivo de culminar con la implementación de la Ley del Servicio Civil, Ley No 30057, “en el más breve plazo” (Tribunal Constitucional, 30 de noviembre de 2021), pero no expresa la cantidad de tiempo que ello representa, dejando, una vez más al empleado a expensas de lo que establezca el Poder Ejecutivo al respecto.

Ciertamente, frente a esto se debe recordar que el Tribunal Constitucional carece de las competencias para regular en materia laboral y tampoco podría incidir en la gestión del presupuesto público, pero puede ordenar la toma de acciones drásticas y declarar un estado de cosas inconstitucional.

A título de ejemplo, véase la sentencia recaída en el expediente No 05436-2014-PHC/TC del 19 de junio de 2020, en la que el Tribunal Constitucional decidió declarar inconstitucional el hacinamiento de los penales y las deficiencias en infraestructura y servicios básicos en los mismos. ¿Es posible o ideal una declaración en el mismo sentido en la sentencia bajo comentario? En posición del autor, sí, en vista de los principios y mandatos derivados del Estado social de derecho<sup>5</sup>.

## 6. Conclusiones

1. El Tribunal Constitucional no solo cumple una función jurisdiccional entendida en el sentido clásico y tradicional, como aplicador de normas y reglas jurídicas, sino que debe asumir un rol orientador de políticas públicas a través de la emisión de sentencias con determinadas características, en el entendido de que el proceso constitucional en su regulación y construcción dogmática así lo permite.
2. En el Estado social y democrático de derecho, la Administración Pública tiene la función de promover las condiciones necesarias para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos. Esta función se asocia con el reconocimiento de DESCAs, lo cual implica que el Estado tiene un rol

<sup>5</sup> Recalamos que la sentencia falla al privarse de desarrollar principios y lineamientos de política pública que pueden servir de directriz a los poderes del Estado. No basta con definir las competencias y los límites de los poderes estatales respecto de ciertas materias, cuando se pierde la perspectiva de que las decisiones finalmente afectan el estatuto de los empleados del Estado que laboran para satisfacer necesidades reales y tienen demandas reales independientes de las competencias constitucionalmente atribuidas. Por ello, es inadecuado que la sentencia se restrinja a repetir pronunciamientos pasados, sin desarrollar las directrices que pudieran servir a los Poderes del Estado.

activo en la promoción y la adopción de acciones programáticas para garantizar una vida digna a los ciudadanos.

3. Entre los DESCAs se encuentra el derecho al trabajo que ampara y protege a todos los trabajadores tanto de la actividad pública como de la privada, lo mismo que con los derechos laborales colectivos. El derecho al trabajo, en este sentido, no reconoce el derecho de conseguir efectivamente un puesto de trabajo, sino el derecho a exigir la implementación de políticas que fomenten la generación de empleo en la sociedad.
4. El Perú ha firmado acuerdos internacionales que buscan establecer un buen régimen de empleo público que garantice una administración adecuada y respeto a los derechos de los trabajadores, tales como la Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública del 2003 y el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo de 1980. No obstante, estos esfuerzos pueden ser en vano si las autoridades competentes no utilizan sus habilidades y responsabilidades para mejorar la eficacia de la implementación de estos acuerdos.
5. Aunque el Tribunal Constitucional exhorte al Poder Ejecutivo a culminar en breve plazo la implementación de la Ley del Servicio Civil, falla al brindar una solución definitiva a un ingente número de trabajadores CAS que no están comprendidos en la interpretación conforme de la única disposición modificatoria de la Ley No 31131.

## 7. Bibliografía

- Adame, Jorge (2002): *Derechos fundamentales y Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Alexy, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bastida, Francisco (2009): “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en Congreso de los Diputados (coordinador), *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: pp. 103-150.
- Brudner, Allan (2011): “Bienes constitucionales: el objetivo de la teoría constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No 45: pp. 231-270.
- Díaz, Francisco (2001): *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad: análisis especial de las sentencias aditiva*. Lex Nova.
- Forsthoff, Ernest (1975): *El Estado de la sociedad industrial - El modelo de la República Federal de Alemania* (Luis López y Nicolás Muñoz, trads.), Instituto de Estudios Políticos.
- Landa, César (2011): “El proceso de inconstitucionalidad en América Latina. Las sentencias atípicas”, en *Derecho Constitucional y Justicia Constitucional*. Porrúa: pp. 77-101.
- Landa, César (2018): *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*. Palestra Editores.
- Morón, Juan (2013): “Artículo 40 - La carrera administrativa”, en Gutiérrez, Walter (coordinador), *La Constitución comentada* (tomo I). Gaceta Jurídica: pp. 904-911.
- Peces-Barba, Gregorio (2009): “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en García Ricardo (editor), *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo: pp. 85-102.
- Rubio, Patricio (2013): “Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho PUCP*, No 71: pp. 201-230.

Sosa, Juan Manuel (2007): “¿Son iguales las nociones de contenido de los derechos fundamentales y de contenido constitucionalmente protegido? Una respuesta contramayoritaria”, Jus Doctrina & Práctica, No 2: pp. 321-335.

Sosa, Juan Manuel (2011): Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional. Gaceta jurídica.

### **Normativa citada**

Carta Iberoamericana de Calidad en la Función Pública (2008).

Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (1978), Convenio 151 de la Organización Internacional de Trabajo.

Ley Nº 28175 (19/02/2004), Marco del Empleo Público.

Ley Nº 30057 (04/07/2013), Servicio Civil.

Ley Nº 27815 (22/07/2002), Código de Ética de la Función Pública.

Ley Nº 31039 (26/08/2020), que regula los procesos de ascenso automático en el escalafón, el cambio de grupo ocupacional, cambio de línea de carrera, el nombramiento y cambio a plazo indeterminado de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales y personal administrativo de la salud.

### **Jurisprudencia**

Tribunal Constitucional: 30 de noviembre de 2021 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 00013-2021-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 7 de enero de 2021 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 00007-2020-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 15 de diciembre de 2020 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 00011-2020-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 6 de noviembre de 2018 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 0006-2018-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 7 de agosto de 2018 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 0008-2015-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 26 de abril de 2016 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 0025-2013-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 11 de junio de 2013 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 00019-2011-PT/TC.

Tribunal Constitucional: 23 de septiembre de 2009 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 00032-2008-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 25 de abril de 2006 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 0025-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 29 de agosto de 2005 (recurso extraordinario), Expediente 5994-2005-PHC/TC.

Tribunal Constitucional: 8 de julio de 2005 (recurso de agravio), Expediente 1417-2005-AA/TC.

Tribunal Constitucional: 12 de agosto de 2005 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 008-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 1 de abril de 2005 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 0048-2004-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 15 de febrero de 2005 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 00034-2004-PI/TC.

Tribunal Constitucional: 5 de octubre de 2004 (recurso extraordinario), Expediente 2016-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional: 11 de noviembre de 2003 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 0008-2003-AI/TC.

Tribunal Constitucional: 11 de julio de 2002 (recurso extraordinario), Expediente 1124-2001-AA/TC.

Tribunal Constitucional: 21 de enero de 2002 (demanda de inconstitucionalidad), Expediente 014-2002-AI/TC.