



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**El derecho a la reposición del servidor público
contratado, en el Estado Constitucional vs. el
despido arbitrario**

Tesis

**presentada para optar el Grado Académico de Maestra en
Derecho con mención en Constitucional y Gobernabilidad**

Autora:

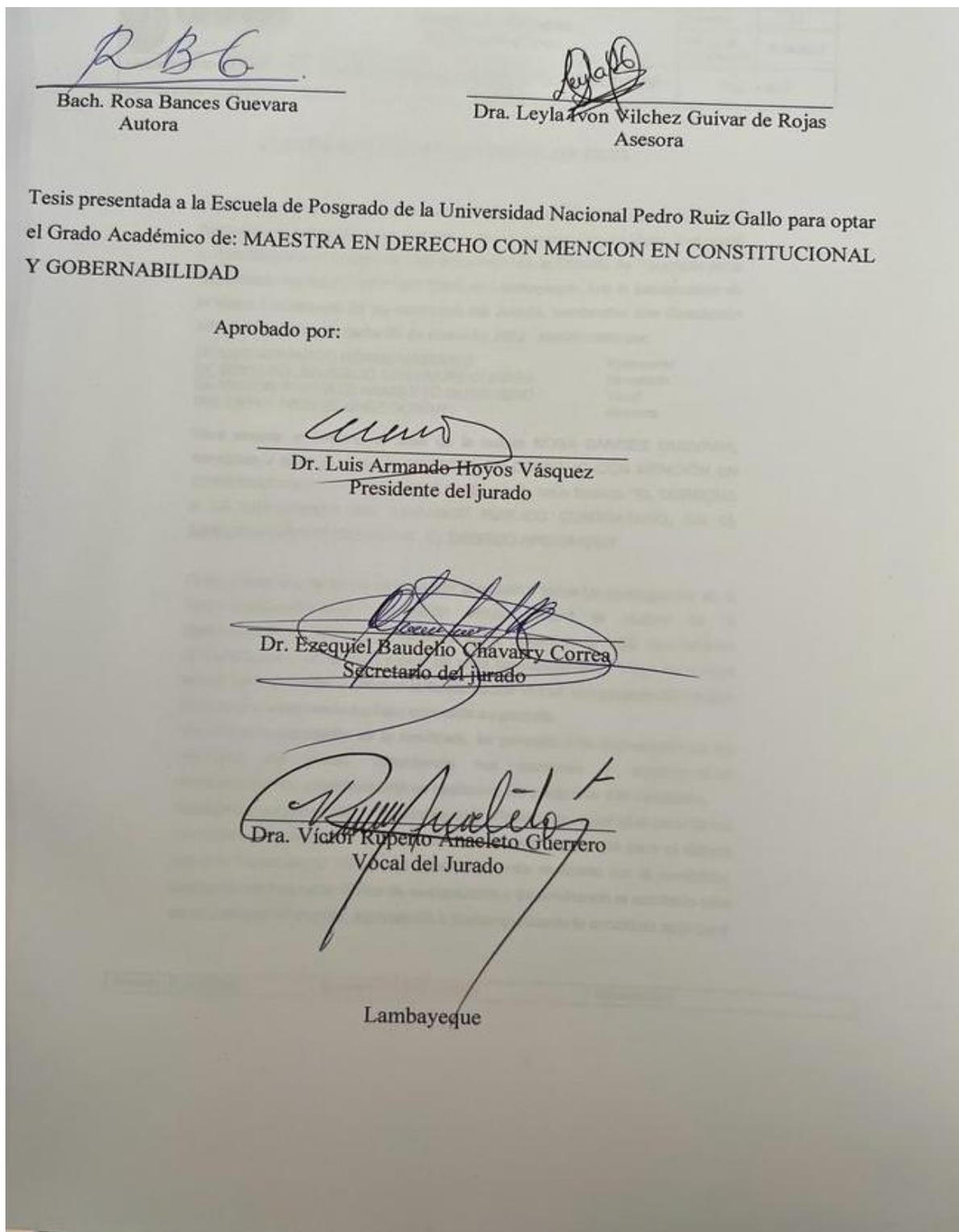
Bach. Rosa Bances Guevara

Asesor:

Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas

Lambayeque, 2022

El derecho a la reposición del servidor público contratado, en el Estado Constitucional vs. el despido arbitrario



Acta de sustentación

| | | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|---------------------|-----------|
|  UNPRG <small>UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO DE LAMBAYEQUE</small> | ESCUELA DE POSGRADO <i>M. Sc. Francis Villena Rodríguez</i> | Versión: | 01 |
| | | Fecha de Aprobación | 29-8-2020 |
| UNIDAD DE INVESTIGACION | <u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u> | Pág. 1 de 3 | |

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 12 meridiano del jueves 29 de diciembre de 2022, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Google Meet, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°084-2022-EPG, de fecha 20 de enero de 2022, conformado por:

| | |
|---------------------------------------|------------|
| Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VÁSQUEZ | Presidente |
| Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA | Secretario |
| Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO | Vocal |
| Dra. LEYLA IVÓN VÍLCHEZ GUIVAR | Asesora |

Para evaluar el informe de tesis de la tesista ROSA BANCES GUEVARA, candidata a optar el grado de MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD, con la tesis titulada "EL DERECHO A LA REPOSICIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO, EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL VS. EL DESPIDO ARBITRARIO".

El Sr. presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°1311-2022-EPG de fecha 22 de diciembre de 2022, que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó a la candidata a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole 30 minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla.

Culminada la exposición de la candidata, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas a la candidata.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de tesis realizada por la candidata, evaluando en base a la rúbrica de sustentación y determinando el resultado total de la tesis con 17 puntos, equivalente a bueno quedando la candidata apta para

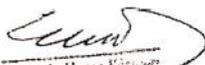
| | | |
|--------------------------|-----------------------------|----------------|
| Formato : Físico/Digital | Ubicación : UI- EPG - UNPRG | Actualización: |
|--------------------------|-----------------------------|----------------|

| | | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|---------------------|-----------|
|  UNPRG <small>UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO F. PÉREZ</small> | ESCUELA DE POSGRADO <i>M. Sc. Francis Villena Rodríguez</i> | Versión: | 01 |
| | | Fecha de Aprobación | 29-8-2020 |
| UNIDAD DE INVESTIGACION | <u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u> | Pág. 2 de 3 | |

optar el Grado de MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD.

Se retornó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual.

Siendo las 1:23 p.m. se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.



Armando Hoyos Vásquez
ABOGADO
C.N. 282

Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VÁSQUEZ
PRESIDENTE



Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA
SECRETARIO



Dr. VÍCTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
VOCAL



Dra. LEYLA IVÓN VÍLCHEZ GUIVAR
ASESORA

| | | |
|--------------------------|-----------------------------|----------------|
| Formato : Físico/Digital | Ubicación : UI- EPG - UNPRG | Actualización: |
|--------------------------|-----------------------------|----------------|

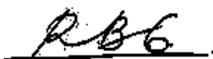
Declaración Jurada de Originalidad de Tesis

Yo, Bach. Rosa Bances Guevara, investigadora principal, y Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Roja, asesora del trabajo de investigación El derecho a la reposición del servidor público contratado, en el Estado Constitucional vs. el despido arbitrario, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos. En caso se demostrará lo contrario, asumimos responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar. Que puede conducir a la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, mayo de 2022.



Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Roja
Asesora



Bach. Rosa Bances Guevara
Autora

Dedicatoria

A Dios, guía en mi accionar, a mis amadas Marías, mi madre y mis hijas; y a todos los servidores públicos, que con amor cumplimos nuestra labor.

Agradecimiento

A mi asesora, la Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas, por acompañarme en el desarrollo de la presente investigación.

Índice General

| | |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Acta de sustentación | III |
| <i>Agradecimiento</i> | VI |
| Índice General | VII |
| Resumen..... | X |
| Abstract..... | XI |
| Introducción | 10 |
| CAPÍTULO I | 12 |
| ASPECTO METODOLÓGICO | 12 |
| 1.1. Realidad Problemática..... | 12 |
| 1.2. Formulación del Problema. | 16 |
| 1.3. Objetivos. | 17 |
| 1.4. Hipótesis. | 17 |
| 1.5. Variables. | 18 |
| 1.6. Tipo de investigación..... | 18 |
| 1.7. Antecedentes de la Investigación. | 19 |
| CAPÍTULO II | 31 |
| MARCO TEÓRICO | 31 |
| Sub Capítulo I: El Servidor Público | 31 |
| 2.1.1. Función Pública..... | 31 |
| 2.1.2. Definición de servidor público..... | 32 |
| 2.1.3. Tipos de servidor público | 34 |
| 2.1.4. Vínculo de trabajo estatal..... | 36 |
| 2.1.5. Situación jurídica del servidor público contratado | 37 |
| Sub Capítulo II: Derecho a la Reposición del Servidor Público | 38 |
| 2.2.1. Derechos Fundamentales..... | 38 |
| 2.2.2. Derecho al trabajo | 38 |
| 2.2.3. Contenido esencial del Derecho al trabajo..... | 40 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.2.4. Estabilidad laboral y Reposición laboral | 41 |
| Sub Capítulo III: Contratación de servidores públicos | 43 |
| 2.3.1. Definición del contrato de trabajo | 43 |
| 2.3.2. Desnaturalización de contrato..... | 43 |
| 2.3.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto al artículo 1 de la Ley N° 24041 y respecto a la reposición. | 44 |
| 2.3.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto al Contrato Administrativo de Servicios -CAS-..... | 45 |
| 2.3.5. Jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto al artículo 1 de la Ley N°24041 | 46 |
| 2.3.6. Jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto al Contrato Administrativo de Servicios 48 | |
| 2.3.7. Reconocimiento de un derecho como constitucional | 49 |
| 2.3.8. Definiciones Conceptuales | 50 |
| CAPÍTULO III | 52 |
| ANÁLISIS DE DATOS | 52 |
| 3.1. Tipo de Investigación. | 52 |
| 3.2. Métodos de investigación. | 52 |
| 3.3. Diseño de contrastación. | 53 |
| 3.4. Población y Muestra. | 53 |
| 3.5. Técnicas de recolección de datos. | 54 |
| 3.6. Procesamiento y análisis e interpretación de datos. | 54 |
| 3.7. Resultados. | 55 |
| 3.7.1. Describir la estabilidad laboral en la Legislación y Doctrina Nacional y Extranjera. | 55 |
| Tabla 1. El trabajador contratado por el Estado tiene en la actualidad estabilidad laboral..... | 66 |
| Tabla 2. El trabajador contratado por el Estado tiene en la actualidad estabilidad laboral..... | 66 |
| Tabla 3. El denominado “contrato por locación de servicios o servicios no personales” celebrado con el Estado debe ser desnaturalizado en supuestos que lo ameriten | 68 |
| Tabla 4. El denominado “contrato por locación de servicios o servicios no personales” celebrado con el Estado debe ser desnaturalizado en supuestos que lo ameriten | 68 |
| Tabla 5. El Estado también contrata a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728 | 70 |
| Tabla 6. El Estado también contrata a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728 | 70 |
| Tabla 7. La promulgación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, tuvo repercusión respecto a los trabajadores del Estado | 72 |
| Tabla 8. La promulgación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, tuvo repercusión respecto a los trabajadores del Estado | 72 |
| Tabla 9. ¿Qué es la estabilidad laboral según la Legislación y Jurisprudencia Nacional y Extranjera?..... | 74 |
| 3.8. Explicar los criterios jurisprudenciales respecto al tema de la reposición de los servidores públicos contratados..... | 78 |
| Tabla 10. ¿Cuáles son los criterios jurídicos jurisprudenciales respecto al tema de la reposición de los servidores públicos contratados?..... | 78 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.9. Sustentar la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado..... | 87 |
| Tabla 11. Se tiene debido conocimiento respecto a lo que regula la Ley N°24041, en su artículo primero y su impacto jurídico | 87 |
| Tabla 12. Se tiene debido conocimiento respecto a lo que regula la Ley N°24041, en su artículo primero y su impacto jurídico | 88 |
| Tabla 13. El Estado en la actualidad viene cumpliendo con proteger los derechos constitucionales de los trabajadores..... | 89 |
| Tabla 14. El Estado en la actualidad viene cumpliendo con proteger los derechos constitucionales de los trabajadores..... | 89 |
| Tabla 15. En la actualidad la Constitución Política del Perú, no está protegiendo los derechos fundamentales de los servidores públicos contratados | 91 |
| Tabla 16. En la actualidad la Constitución Política del Perú, no está protegiendo los derechos fundamentales de los servidores públicos contratados | 91 |
| Tabla 17. Se debería de incorporar en la Constitución Política del Perú, taxativamente el derecho a la reposición de un servidor público contratado, que haya laborado ininterrumpidamente por un año para el Estado | 93 |
| Tabla 18. Se debería de incorporar en la Constitución Política del Perú, taxativamente el derecho a la reposición de un servidor público contratado, que haya laborado ininterrumpidamente por un año para el Estado | 93 |
| Tabla 19. ¿Considera Ud. que es necesaria la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado? ¿Porqué? | 95 |
| Tabla 20. ¿Qué criterios jurídicos propondría en la contratación de los servidores públicos para obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario?..... | 96 |
| PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO..... | 99 |
| CONCLUSIONES | 102 |
| RECOMENDACIONES | 105 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 106 |
| Anexo: Matriz de consistencia | 115 |
| Anexo: Cuestionario | 116 |
| Anexo: Guía de Entrevista | 117 |
| Anexo: Validación de instrumento..... | 118 |
| Constancia de originalidad de aprobación de tesis | 120 |
| Informe final de tesis | 121 |
| Turnitin..... | 122 |

Resumen

El objetivo de la presente investigación es establecer criterios que deben regularse para el caso del servidor público que es contratado por el Estado, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario, investigación aplicada, utilizando el método inductivo – deductivo, desarrollado bajo el enfoque mixto, teniendo como población a 7 Jueces Especializados Laborales de Chiclayo, con la especialidad en Contencioso Administrativo y Laboral Previsional y los abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, siendo la muestra 4 Jueces Especializados en Materia Laboral, 40 abogados en materia Constitucional y 40 abogados en materia Laboral.

De los resultados se advierte que: el derecho a la estabilidad laboral esta constitucionalizado; sin embargo, no se garantiza su cumplimiento. El derecho a la reposición de los servidores públicos contratados se ha visto mermado con la emisión de normas y resoluciones, a fin de no permitir el acceso a formar parte del servicio público. si bien son normas infra constitucionales, se alteró el ordenamiento jurídico, pues el derecho a la reposición del servidor público no se ha positivizado. Es decir, se viene vulnerando el derecho al trabajo.

Se concluye que si se incorpora el art. 27-A, en la Constitución señalando que el servidor contratado por el Estado, para servicios permanentes por el mínimo de un año, tiene derecho a la reposición como servidor público contratado, entonces se protegerá efectivamente su derecho al trabajo.

Palabras Clave: estabilidad laboral - reposición–servidor público.

Abstract

The objective of the present investigation is to establish criteria that must be regulated for the case of the public servant who is hired by the State, in order to obtain adequate protection against arbitrary dismissal, applied research, using the inductive - deductive method, developed under the mixed approach, having as a population 7 Specialized Labor Judges of Chiclayo, with the specialty in Administrative Litigation and Social Security Labor and the lawyers of the Illustrious Bar Association of Lambayeque, being the sample 4 Specialized Judges in Labor Matters, 40 lawyers in Constitutional matters and 40 lawyers in labor matters.

From the results it is noted that: the right to job stability is constitutionalized; however, compliance is not guaranteed. The right to reinstatement of contracted public servants has been diminished with the issuance of regulations and resolutions, in order to not allow access to be part of the public service. Although they are infra-constitutional norms, the legal system was altered, since the right to reinstatement of the public servant has not been made positive. In other words, the right to work has been violated.

It is concluded that if art. 27-A, in the Constitution stating that the servant hired by the State, for permanent services for a minimum of one year, has the right to reinstatement as a contracted public servant, then his right to work will be effectively protected.

Keywords: job stability - replacement - public servant.

Introducción

La presente tesis está encauzada a sustentar la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado, cuando este ha prestado servicios permanentes por el mínimo de un año en una misma Entidad, a fin de proteger adecuadamente su derecho al trabajo.

La presente investigación se desarrolló debido a la endeble estabilidad laboral, con la reiterada producción normativa involucionista, para el caso del servidor que es contratado por el Estado para labores de naturaleza permanente y que ha sobrepasado el plazo de un año en servicios, porque se hace necesario un adecuado marco de protección, desde la Norma Fundamental.

Teóricamente, la presente investigación contribuye en la adecuada regulación del derecho a la reposición del servidor público contratado, proponiendo su elevación a nivel constitucional.

La justificación práctica es que disipa las dudas del operador jurídico desde la etapa inicial de la demanda (calificación), hasta el acto procesal final de instancia, que es la sentencia; así como del profesional que ejerce la defensa libre en el ámbito del Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Laboral; esto, a fin, de tener en cuenta para las contrataciones del Estado y para la asesoría adecuada a sus patrocinados; así, como para lo que es la defensa, una vez activado el sistema judicial.

Las personas que se ven beneficiadas con este trabajo son el mismo Estado, a efectos de conservar su rol, a nivel nacional e internacional, como un Estado Constitucional de Derecho, en que sus normas se expiden en respeto a la Norma Fundamental y en armonía con los Convenios

Internacionales, como garante del Derecho a la Dignidad, que finalmente, se vería afectado de no recogerse el tema, a un nivel constitucional; también se benefician los ciudadanos con quienes el Estado ha contratado servicios, simulados bajo distinta denominación, que importan una auténtica relación de trabajo; los abogados que ejercen la libre defensa, los docentes, alumnos; y en general el operador jurídico, al encontrar en la Norma Fundamental, el sustento para sus decisiones conforme a un Derecho Laboral tuitivo; y, en suma, la sociedad, al tratarse de un tema de impacto.

A fin de esquematizar esta tesis, en el Capítulo I se analizó el aspecto metodológico, delimitándose realidad problemática, problema, objetivos, hipótesis, variables, tipo de investigación y antecedentes de la investigación.

En el Capítulo II, referido al marco teórico, se examinó las funciones y aspectos esenciales concernientes a la estabilidad laboral - reposición – servidor público.

En el Capítulo III, concerniente al trabajo de campo, se realizó el procesamiento de la información y la discusión de los resultados, se describe la estabilidad laboral en el marco de la Legislación y Jurisprudencia Nacional y Extranjera; se explican los criterios jurisprudenciales respecto al tema de la reposición de los servidores públicos contratados; se sustenta la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado; y se establecen criterios que deben regularse para el caso del servidor público que es contratado por el Estado, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario

La autora desea que la presente investigación permita elevar a rango constitucional el derecho a la reposición de los servidores públicos, pues a la fecha, se hayan garantizados peyorativamente.

CAPÍTULO I

ASPECTO METODOLÓGICO

1.1. Realidad Problemática.

En un estado constitucional de derecho, todos los actos públicos y privados deben quedar sometidos a la Constitución y toda producción legislativa, armonizar con aquella, incluyendo esto, al tema de la estabilidad laboral, que ha sido abordado en las dos últimas Constituciones peruanas. Así, la Constitución de 1979 recogió en sentido amplio, una estabilidad laboral de entrada y una estabilidad laboral de salida; en tanto que la Constitución de 1993, vigente, recoge una estabilidad laboral relativa.

Es notoria y reiterada la tendencia normativa involucionista en materia de estabilidad laboral para el caso del servidor público contratado que viene observándose en nuestro país; como la regulación del Contrato Administrativo de Servicios por medio del Decreto Legislativo N°1057, el Decreto de Urgencia N°016- 2020, publicado el 23 de enero de 2020 -derogado por la Ley N°31115 -vigente desde el 24 de enero de 2021-, situación con la que se está perjudicando a los servidores contratados en el sector público, en sus derechos como persona y como trabajador, los cuales han sido reconocidos en la Norma Fundamental y en Convenios Internacionales, perjuicio que se manifiesta con la negativa a la reposición laboral tras haber sido objeto de despido sin procedimiento administrativo.

Villaruel y Chávez (2019), citando el texto del artículo 1° de la Ley N° 24041, señalaron respecto a los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, que: “no pueden ser

cesados ni destituidos, sino por las causas previstas en el capítulo V del Decreto Legislativo N°276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15° de la Ley”. (p.144).

Del precepto legal citado, se puede desprender una protección relativa a la estabilidad laboral de quien es contratado por el Estado, a condición de que se determine que haya prestado servicios de naturaleza permanente por el periodo mínimo de un año, sin embargo, la producción legislativa involucionista, pone de manifiesto el desconocimiento del amparo a los derechos fundamentales del trabajador, plasmado en la Ley N°24041.

Ha sido y es elevado el índice de contratación de servidores en el Sector Público, encubierta bajo la denominación de "Contrato por locación de servicios o servicios no personales" y por Contrato Administrativo de Servicios -CAS-, al amparo del Decreto Legislativo N °1057 y sucesivas renovaciones, quienes como tales, no están comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N°728; y precisamente invocan la protección laboral relativa otorgada por el artículo 1° de la Ley N°24041; entrañando la vigencia de las normas involucionistas descritas, una seria y preocupante contravención a los artículos 22°, 23° y 27° de la Norma Fundamental, que reconoce al trabajo como un derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la persona y regula su atención prioritaria por parte del Estado, así como una adecuada protección, en caso de despido arbitrario.

La versión primigenia del Precedente Huatuco, en cuanto al despido arbitrario de un trabajador sujeto al Régimen Laboral Privado, indicaba: "Establecer como precedente

vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la presente sentencia" (Precedente N° 5057- 2013- PA/ TC, /2015, p.14, párr. 7.).

No obstante, el propio Tribunal, posteriormente al precedente antes mencionado, precisó los alcances del mismo, enfatizando que no se aplica para el caso de los obreros municipales sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en los siguientes términos: “(...) no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b) esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa”. (STC. Exp. N°06681- 2013- PA/ TC, 2016, p.5, párr.5.)

Con este fallo, el propio Tribunal Constitucional va tomando distancia de su drástica decisión de que la reposición en el sector público solo ha sido prevista para los trabajadores que ingresaron por concurso público.

Y siguiendo esta línea de interpretación, por sentencia emitida en el Exp.N°05542- 2015- PA/ TC (2017, p.9, párr.4 y 5), indicó que tampoco se aplica a los trabajadores de las empresas del Estado, concluyendo por la desnaturalización del contrato.

Sin embargo, lo real es que el Decreto Legislativo N°1057 que introdujo el Régimen Especial del contrato administrativo de servicios -CAS-, ha resultado lesivo a quienes han contratado de buena fe con el Estado y han desempeñado labores permanentes por muchos años, desvirtuando la característica de la temporalidad del CAS; y, las normas que han

previsto su erradicación, no han logrado, hasta la fecha, el objetivo de erradicar la discriminación en el sector público, en cuanto a los distintos regímenes laborales.

Y respecto a la distancia que marcó el propio Tribunal Constitucional, del Precedente Huatuco, la realidad problemática volvió al mismo punto, con la publicación del DU N°016- 2020 Decreto de Urgencia que establece Medidas en Materia de los Recursos Humanos del Sector Público (Presidente de la República, 23 de enero de 2020), retrocediendo en materia de la ya endeble estabilidad laboral, siendo alarmante que este texto, en su Cuarta Disposición, regulará la aplicación inmediata de los artículos 2°, 3° y 4°, para todos los procedimientos y procesos en trámite, importando en el corto periodo de su vigencia, colisión con la Teoría de los hechos cumplidos reconocida en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú, al derogar en su Disposición Complementaria Única, la Ley N°24041.

Con fecha 23 de enero de 2021, fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley N°31115 Ley que deroga los artículos 2, 3, 4, 13, la Cuarta Disposición Complementaria Final y la Única Disposición derogatoria del DU 016-2020 Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los Recursos Humanos del Sector Público, derogando en su artículo único, los artículos 2,3,4,13, la cuarta disposición complementaria final y la única disposición derogatoria del Decreto de Urgencia 016-2020, que establece medidas en materia de Recursos Humanos del Sector Público; y, en su única disposición complementaria final, restituye la Ley 24041 (Presidenta A.I del Congreso de la República).

En este contexto normativo, se valida numerosas disoluciones unilaterales del vínculo con quienes han prestado servicios de naturaleza permanente a favor del Estado por

más de un año, con el impacto negativo de una elevada cifra de despedidos y disparidad de criterios jurisdiccionales, significando esto, una vulneración a principios que orientan la relación laboral, como el de primacía de la realidad, el de continuidad laboral, de la condición más beneficiosa al trabajador; y en lo que concierne a la administración de justicia, evidencia la riña con el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales, ocasionando afectación del derecho al trabajo, a la dignidad del trabajador como persona, tratándose de un retroceso legislativo, en la protección brindada a la parte más débil de la relación laboral, aun cuando se trate de vigencia temporal de una norma.

Por todo ello, se hace necesario desarrollar esta problemática, a fin de proponer una solución, a nivel constitucional y que con ello se brinde las garantías necesarias a favor de los servidores públicos contratados, tras haber superado el mínimo de un año, en servicios de naturaleza permanente e ininterrumpida, a efectos de evitar situaciones como la descrita; y, que a partir de esta investigación, se propondrá un reconocimiento constitucional; y, esto, en modo alguno importaría un trato privilegiado respecto del trabajador del sector privado, teniendo en cuenta que ambas relaciones tiene características y matices disímiles, partiendo de los privilegios de los que está investido el Estado como empleador.

1.2. Formulación del Problema.

¿Qué criterios deben regularse para el caso del servidor público que es contratado por el Estado, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario?

1.3. Objetivos.

Objetivo General

Establecer criterios que deben regularse para el caso del servidor público que es contratado por el Estado, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario

Objetivos Específicos

1. Describir la estabilidad laboral en el marco de la Legislación y Jurisprudencia Nacional y Extranjera.
2. Explicar los criterios jurisprudenciales respecto al tema de la reposición de los servidores públicos contratados.
3. Sustentar la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado.

1.4. Hipótesis.

Si se incorpora el art. 27-A, en la Constitución señalando que el servidor contratado por el Estado, para servicios permanentes por el mínimo de un año, tiene derecho a la reposición como servidor público contratado, entonces se protegerá efectivamente su derecho al trabajo.

1.5. Variables.

Variable independiente: La incorporación del derecho a la reposición del servidor público contratado, como precepto en la Constitución, es un procedimiento especial en virtud de la realidad social cambiante que amerita elevar a nivel constitucional el mismo.

Variable Dependiente: El derecho a la reposición es aquel que otorga protección efectiva al trabajador contratado por el estado, ante un despido arbitrario.

1.6. Tipo de investigación.

Es un estudio de tipo aplicada, de nivel Propositivo, y explicativo

Es Aplicada de nivel Propositivo, porque se va a describir el problema de los despidos masivos que se producen a consecuencia de una normativa involucionista, en materia de contratación con el Estado, cuando se ha dado el presupuesto de haber prestado servicios permanentes por el plazo igual o superior a un año y se propone la incorporación de un precepto constitucional que proteja a los servidores que de buena fe han contratado con el estado.

También se trata de una investigación explicativa porque se va a explicar la causa del problema planteado, que es la normativa en retroceso, representada en este caso específico por el DL N°1057 y el derogado DU N°016- 2020, explorar dicha causa para proponer una solución.

Es una investigación mixta, que recoge evidencia empírica, a partir de cuestionarios y guías de entrevistas, que nos permitieron validar la hipótesis propuesta.

1.7. Antecedentes de la Investigación.

A nivel internacional, según Cerquera (2018), Colombia, en su tesis titulada: "El principio de estabilidad laboral en Colombia: la tensión entre los derechos sociales laborales vs. las políticas neoliberales de flexibilización", para optar el grado de maestro, cuyo objetivo fue determinar el grado de protección del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho social y el principio mínimo fundamental de estabilidad en el empleo, utilizando la metodología del cuestionario, respecto a la población de mujeres embarazadas en el sector público y privado de Colombia, obtuvo como resultado que la Corte no defiende efectivamente su derecho a la estabilidad laboral, sosteniendo que ante los empleados públicos "la administración debe motivar el acto de desvinculación, con claridad las razones que se encuentran comprendidas en la Constitución y la Ley con el fin de que la declaración de insubsistencia no se constituya como un acto ilegal". (p. 109)

La autora comparte el argumento del tesista Cerquera, respecto a que la decisión del despido del empleado público, necesariamente, requiere motivación del Estado, como empleador; y, esta motivación debe armonizar con la Constitución, al encontrarse ésta, por encima de todo el ordenamiento jurídico, otorgando, el hecho de incorporar en su texto, preceptos relacionados con el tema, seguridad jurídica, vinculado en su cumplimiento y en consecuencia un grado de protección al empleado público en provisionalidad (servidor

público contratado), que no signifique distinción respecto del empleado público, por el hecho de no haber superado un concurso de méritos.

En nuestro país, la garantía de protección intermedia al servidor público que ha sido contratado, podría ser identificada como "Estabilidad Laboral Relativa", que si bien sería distinta a la protección brindada al empleado público nombrado por concurso de méritos y como tal, comprendido en la Carrera Administrativa, sin embargo, su derecho estaría tutelado, en la medida en que la laguna representada por la violación al derecho social del trabajo, se llenaría con una regulación constitucional, que podría incluirse en la Constitución Política del Perú, como artículo 27 "A".

Marín (2012), Ecuador, en su tesis titulada : "La estabilidad laboral del Sector Público Ecuatoriano y sus consecuencias en el cumplimiento de las indemnizaciones laborales", para optar por el grado de maestro, cuyo objetivo fue analizar la estabilidad laboral del sector público ecuatoriano que se estaba vulnerando con el Decreto Ejecutivo 813, porque la Constitución en su artículo 229 se refería a la estabilidad de los trabajadores, normando que sus derechos son irrenunciables; utilizando la metodología de la modalidad de campo, realizando encuestas a quienes habían sido despedidos, bajo la figura de despido intempestivo en la ciudad de Babahoyo; obtuvo como resultado que las personas encuestadas de la población de Babahoyo, Ecuador, en su mayoría no estaban de acuerdo con las normas que regían su trabajo porque no les daba seguridad en su puesto laboral, señalando en su tercera conclusión: "La Constitución de la República del Ecuador consagra el derecho a la estabilidad en el trabajo cuando declara que este es un derecho y un deber social". (p.89).

La autora, identifica esta regulación ecuatoriana, con el precepto declarativo con contenido axiológico recogido en el artículo 24 de la Constitución Política del Perú vigente, referido a la previsión de una doble faceta del derecho al trabajo que, como derecho, tiene por correlato, un deber de prestación, y como tal, amerita normas de acción, las cuales, precisamente, no han sido debidamente desarrolladas.

De otro lado, y en similar situación problemática que Ecuador, en el Perú, hay instituciones públicas que no cuentan con un área específica para el personal, que identifique, califique y fortalezca sus habilidades y destrezas; para anteponerlo a los despidos intempestivos, en los casos frecuentes en que se ha pasado más de un año en servicios de naturaleza permanente; radicando la importancia de esta área para tratar el tema de los despidos de dichos servidores públicos contratados que se hayan desempeñado con eficiencia, responsabilidad y honestidad, con la finalidad de proporcionar a la repartición estatal, el personal más capacitado y profesional posible para lograr el objeto social de la institución, reteniendo a los buenos trabajadores.

Maza (2014), Ecuador, en su tesis titulada: " La compra de renunciaciones obligatorias, la Seguridad Jurídica y los Derechos Constitucionales de los Servidores Públicos", para optar por el grado de maestro, cuyo objetivo fue realizar un estudio jurídico, normativo y doctrinario de la compra de renunciaciones obligatorias a los servidores públicos para así, demostrar la vulneración a los principios constitucionales; utilizando la técnica de la entrevista y de la encuesta respecto de la población de personas que se encontraban en la práctica de la ciencia del Derecho de la ciudad de Loja, así como el estudio de casos; obtuvo como resultado que al plasmarse las compras de renunciaciones obligatorias, se está

contraviniendo el derecho social al trabajo, al separar al servidor público de un momento a otro, privándolo de una fuente de recursos económicos para cubrir sus necesidades y las de su familia, señalando en su segunda conclusión:

El artículo 8 del Decreto Ejecutivo N°813, del 7 de julio de 2011, que se encuentra aplicando en las instituciones públicas del país, envía a la desocupación a miles de servidores públicos, lo cual afecta sus derechos al buen vivir tanto individual como familiar, privándole de los recursos económicos necesarios para llevar una vida digna. El Decreto es inconstitucional porque afecta el derecho a la estabilidad laboral y la irrenunciabilidad de derechos. (p.178)

El investigador propugnó la lesividad y por ende, inconstitucionalidad de la norma conforme a la cual, se despide a los servidores públicos, posición que llevada al ámbito jurídico peruano, es compartida, para el caso de los despidos a que ha dado lugar la aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios y del derogado Decreto de Urgencia N° 016- 2020 -durante su vigencia-, identificando una realidad semejante a la del vecino país, en que impera la informalidad en el Sector Público, quedando en desprotección un significativo número de prestadores de servicios, al ser ejecutada la resolución de contrato o no renovación del mismo, repercutiendo esto en el derecho al respeto de su dignidad como persona humana, arribando a similar conclusión, que estas normas son inconstitucionales.

A nivel nacional, en Lima, Beltrán (2013), en su tesis titulada: "Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el Estado", para optar por el grado de maestro en la PUCP, cuyo objetivo fue crear un sistema de contratación justo, que no perjudique a sus trabajadores por el tipo de contrato suscrito, utilizando la metodología de análisis documental; obtuvo como resultado que la labor de los servidores contratados por el Estado era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación; por eso en su cuarta conclusión señala:

La mayoría de los contratos de Locación de Servicios No Personales fueron desnaturalizados pues se ha puesto en evidencia que la labor que desempeñan estos servidores era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación directa; siendo éstas, características de los contratos laborales y no civiles; es decir su labor era igual a la labor que desempeñan los trabajadores que ingresaron a trabajar para el Estado mediante concurso público, de acuerdo a lo establecido por la Ley de la Carrera Administrativa, trabajadores que si tenían reconocidos sus derechos, estaban registrados en planillas, percibían el pago de sus beneficios sociales, bonificaciones, tenían la posibilidad de ascender a mejores puestos, entre otros. Labor que fue reconocida a través de distintas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, el cual amparado en el Principio de Primacía de la Realidad reconoció el vínculo laboral existente entre las personas contratadas mediante SNP y el Estado. (p. 87).

Es el Estado que opta por la informalidad al contratar, y esta informalidad trae consigo, la vulneración de los derechos del servidor contratado, práctica que se ha observado durante mucho tiempo, deviniendo en la desnaturalización declarada por el órgano jurisdiccional; sin embargo con la normatividad relativa al CAS, se ha limitado el derecho a la reposición, implicando trasgresiones constitucionales y laborales, desconociendo jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional; similar situación ha ocurrido con el derogado DU N° 016-2020, en cuya vigencia, invocando su texto como sustento, se ha negado la reposición de este tipo de servidores.

En Piura, Castillo (2017), en su tesis titulada: "Validez Constitucional de la aplicación del Decreto Legislativo N° 728 en el Sector Público. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 05057- 2013- PA/ TC", para optar por el grado de maestro, cuyo objetivo fue explicar y encontrar los criterios constitucionales; utilizando una metodología analítica, descriptiva; obtuvo como resultado que es inconstitucional, supeditar la reposición como servidor del Estado, al ingreso por concurso público de méritos; indicando en su primera conclusión:

Todos los derechos fundamentales tienen un contenido esencial o constitucional que se caracteriza por ser único y al ser uno solo vincula en su totalidad a todos los poderes públicos, por ser limitado en el sentido que tiene sus propios límites internos que nacen de la naturaleza del propio derecho, por ser ilimitable ya que no puede ser limitado por el legislador, y por ser delimitable ya que en cada caso concreto tendrá que determinarse cuales sus fronteras y alcance razonable con la finalidad de analizar si una pretensión se encuentran dentro de sus alcances constitucionales. (p.91)

Se comparte este parecer, y, en específico en cuanto al derecho al trabajo, este tiene doble dimensión, como libertad o dimensión subjetiva y como dimensión prestacional u

objetiva, significando esto que se tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo y también asiste el derecho a conservar el mismo.

También se conviene en el sustento de que la producción normativa tiene que ir acorde con la realidad, con lo que son las cosas, ya que lo contrario dará lugar a arbitrariedades, en este caso a despidos masivos; y es que, prohibir legalmente la desnaturalización de los contratos celebrados con el Estado, por respeto al principio meritocrático, importa, junto con la vulneración del derecho al trabajo del servidor público contratado, un detrimento a su dignidad, al haber sido el mismo Estado, como empleador, quien ha utilizado esa forma de contrato. En esta línea, de manera preliminar, puede decirse que la producción del legislador en cuanto a la reposición del servidor público contratado se traduce en una afectación grave del derecho al trabajo de quien ha contratado de buena fe con el Estado.

En Trujillo, Anchay (2019), en su tesis titulada: "La aplicación de la Ley del Servicio Civil y su incidencia en la vulneración de los derechos laborales en el sector Salud del distrito de Ayacucho- 2018", para optar por el grado de maestro, cuyo objetivo fue determinar la incidencia en la vulneración de derechos, utilizando la técnica de recolección de datos por medio de la encuesta, entrevista y recolección de información, en la muestra de 113 trabajadores del sector salud y 1 especialista; obtuvo como resultado que la mayoría de trabajadores opina que si vulnera los derechos laborales de los trabajadores; señalando en su quinta conclusión que:

La causal de despido sería debería ser cuando uno fallece, renuncia, jubilación, mutuo acuerdo etc. es decir existen muchas razones por el cual el trabajador de una institución pública puede ser despedido, pero no por causas tecnológicas podríamos entender que si la computadora de un trabajador presenta fallas o está deteriorado y no sirve para poder cumplir con los objetivos o metas trazadas de la institución podrá ser despedido, y nos ponemos a pensar si esta falla no solo fuera en una computadora si en muchas computadoras entonces estaríamos frente a un despido masivo, aunque los trabajadores sean eficientes. (p.81).

El objeto de esta investigación también es hacer ver, la repercusión negativa de los despidos masivos y la necesidad de propender a la conservación de recursos humanos que lleven a la institución a cumplir sus fines; de esta conclusión, se desprende el siguiente razonamiento: Si desde un inicio se estableció un criterio del régimen más favorable para el servidor público contratado -comprenderlo en la protección del artículo 1° de la Ley N° 24041-esta debe ser la línea a seguir en un derecho tuitivo, como es el derecho del trabajo; sin embargo, la producción normativa peruana rompe con este derrotero, como es evidente con el DL N° 1057, con el DU N° 016-2020, no obstante su posterior derogatoria.

A nivel local, en Lambayeque, Calderón (2018): En su tesis titulada: "Precedente vinculante Caso Huatuco, sentencia que afecta el fortalecimiento de la protección adecuada contra el despido arbitrario en el Sector Público respecto de los servidores comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728, vulnerándose el Derecho Constitucional al Trabajo", para obtener el grado de maestro, cuyo objetivo fue determinar las razones por las cuales los servidores públicos sujetos a la contratación del régimen laboral privado comprendidos en el

Decreto Legislativo N°728 se ven afectados en la protección adecuada contra el despido arbitrario y afecta el derecho fundamental al trabajo, con el establecimiento del Precedente Vinculante “Caso Huatuco”, utilizando la técnica del análisis documental y la encuesta, en la población de los jueces de distintos niveles del Distrito Judicial de Lambayeque, con la muestra de los tramitadores de procesos laborales y constitucionales y de los trabajadores de los distintos regímenes laborales; obtuvo como resultado que la sentencia indicada no combate el fraude a la ley, por parte del Estado, sino que facilita el abuso del derecho, con el despido de los empleados públicos, señalando en su tercera conclusión:

La reposición del trabajador es el remedio más efectivo contra el despido arbitrario porque no solo garantiza la protección del derecho constitucional al trabajo, sino que también avala el ejercicio real de otros derechos reconocidos también por nuestra Constitución (p. 244).

De acuerdo con la tesista, se apoya la reposición como un medio efectivo para una real protección de una serie de derechos de los servidores contratados por el Estado, que repercuten en el fin supremo de la sociedad y el Estado, como es el respeto de la persona y de su dignidad; mereciendo un tratamiento legal exhaustivo el tema de los despidos en el Sector Público.

Por eso, el hecho de vincularse por medio de contratos temporales, que en verdad no tienen ese rasgo de temporalidad, sino que son celebrados para el desempeño de labores de carácter permanente, definitivamente importan desnaturalización, tornándose preocupante que el Estado recurra a la informalidad para contratar, condecor de las normas que en el

decurso del tiempo, han beneficiado a la masa trabajadora y que van a dar lugar a declaración de desnaturalización, a nivel judicial; llamando la atención la tendencia en la producción legislativa adversa a estas normas y a la abundante jurisprudencia, que no hace sino avalar la conducta fraudulenta descrita, en perjuicio de diversos derechos de los servidores contratados.

En Lambayeque, Toro (2019), en su tesis titulada: "La desnaturalización e ineficacia del contrato laboral de los trabajadores de la Administración Privada sujetos a modalidad por fraude y simulación en la Región San Martín período 2015- 2017", para optar por el grado de maestro. Cuyo objetivo fue determinar la desnaturalización e ineficacia de los contratos laborales; utilizando la técnica de la encuesta a la población de los jueces laborales de primera instancia y abogados laboristas del distrito judicial de San Martín, en una muestra de 30 encuestados; obtuvo como resultado que la causa del incumplimiento del referido dispositivo legal, es el desconocimiento de las causas de la desnaturalización de los contratos modales, siendo la causa con mayor índice la de fraude y simulación, sosteniendo en su segunda conclusión:

El objeto de simular las relaciones laborales, con apariencia jurídica civil o mercantil, es sencillamente, la intervención de evadir el cumplimiento de la legislación laboral para disminuir costos y aumentar ganancias, al evadir el pago de prestaciones sociales mínimas. Por cuanto, la simulación laboral se presenta al momento de celebrar un contrato de trabajo modal, cuando su finalidad es realmente otra, lo que viene a ser un fraude laboral. Por ello la Autoridad Administrativa de Trabajo, cumple un papel importante en lograr fiscalizar el cumplimiento de la normatividad jurídica socio laboral. (p. 96).

En este sentido, imponer la regla del ingreso por concurso público a las entidades del Estado, dependiente del tema de la meritocracia, importa avalar una conducta de fraude laboral, que debe alertar a la autoridad de trabajo, entendiendo que el derecho a la estabilidad laboral relativa que la Constitución reconoce, por ser propio del derecho al trabajo, debe ser tomado en cuenta legalmente en forma progresiva, es decir, para mejorar la situación del servidor público contratado en el caso planteado.

Izaga (2018), en su tesis titulada: "Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del Principio de Primacía de la Realidad", para optar por el grado de maestro, cuyo objetivo fue analizar las conductas fraudulentas del empleador; utilizando el trabajo de gabinete por levantamiento de información y procesamiento de la misma con tablas y figuras de Microsoft Excel, respecto de la población de sentencias expedidas por la Sala Permanente de Piura del 2012 al 2014, de la muestra del 100% en procesos ordinarios laborales del régimen laboral privado regulado por el Decreto Legislativo N°728, sean empleadores particulares o estatales; obtuvo como resultado que del total de los procesos resueltos, aplicando el principio de primacía de la realidad, el mayor porcentaje corresponde a la conducta de encubrir contratos laborales, a través de contratos civiles, afirmando en su quinta conclusión:

El Estado como empleador es el que incurre en el mayor porcentaje de conductas fraudulentas para evadir el pago de sus obligaciones laborales, registrándose en la tabla N°6 y figura N°12, que del 100% de conflictos resueltos por la Sala Laboral Permanente de Piura en el período 2012- 2014, con aplicación del principio de primacía de la realidad por haberse

acreditado judicialmente conductas fraudulentas, el 62% corresponde al Estado (incluye actividad empresarial del Estado), frente a un 30% respecto de empleadores privados, aceptándose la hipótesis específica (p. 129-130).

Es importante para la presente investigación esta conclusión, en razón a que ratifica el punto de partida, que el Estado es quien propicia la informalidad al contratar, y esa informalidad, se debe a la finalidad de evadir el pago de sus obligaciones laborales, trayendo consigo un sinnúmero de perjuicios para los servidores públicos contratados y un impacto social negativo, habiendo demostrado la tesista que el principio de primacía de la realidad, es arma eficaz en garantía del principio de irrenunciabilidad de derechos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Sub Capítulo I: El Servidor Público

2.1.1. Función Pública

Según la Ley N.º 27815-Ley del Código de Ética de la Función Pública, es: “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”.

El objeto del ejercicio de la función pública es el servicio al país, elevando el nivel de la prestación de los servicios públicos, optimizando recursos.

La función pública es ejercida por funcionarios y servidores de la administración pública, independientemente de la modalidad de su contratación o el nivel jerárquico; y si su condición es de personal de confianza o no. Es obligación de quien accede, ceñirse a la Ley 27815.

Es así que toda persona que preste servicios a favor del Estado, debe actuar en pro de los intereses de este, y trabajar para satisfacer los intereses de los ciudadanos, es una vocación de servicios.

El servidor público debe cumplir los principios de Respeto, Probidad, Eficiencia, Idoneidad, Veracidad y Lealtad.

La función pública exige el cumplimiento de los deberes de “neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado del cargo, uso adecuado de los Bienes del Estado, Responsabilidad. Dentro de las prohibiciones, encontramos que no debe mantener intereses en conflicto, no obtener o procurar ventajas indebidas, no realizar proselitismo político, no hacer uso de la información privilegiada, no presionar, amenazar y/o acosar a otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de la persona o inducir a la realización de acciones dolosas”.

Ahora bien, el acceso a la función pública es por concurso, o en algunos casos dada la continuidad prolongada en el tiempo de una contratación modal, llegan a acceder a un cargo o puesto público.

Así mismo, la Ley N° 28175, señala que el personal del empleo público se clasifica en funcionario público (de elección popular, de nombramiento y remoción, y de libre nombramiento y remoción); empleado de confianza y servidor público.

2.1.2. Definición de servidor público

Existe diferentes conceptos de servidor público.

Así, Velaña-Bayas (2019) en su artículo “La afectación del Derecho al trabajo de los servidores públicos ocasionado por los contratos ocasionales en el Ecuador”, afirma lo siguiente:

“Está conformado por personal humano, el mismo que debe tener una capacidad operativa, administrativa para la ejecución correcta dentro de un cargo público para cumplir los intereses de la población; protegiendo los intereses institucionales”. (p.6).

En similar sentido, Arango, L.R. (2012), docente colombiano, en su artículo “El verdadero concepto del servidor público”. Memorando de Derecho 3(3), afirma que:

El artículo 123 de la Constitución Política de 1991, dejó sentada la denominación y extensión del término “Servidor Público”, de la siguiente forma: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (p.171180).

Según Parra (2005), citado por Velaña-Bayas (2019) indica que es una persona natural, que presta servicios personales a una entidad del Estado, con el propósito de recibir una remuneración.

Beltrán (2013), sostuvo que, debe entenderse como Servidor Público:

Al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública, con nombramiento o contrato de la Autoridad competente, con las formalidades de la Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remuneratoria permanente en periodos regulares. - Funcionario Público, al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y en los organismos con autonomía. (p.11)

En Perú, la Constitución Política (1993), sobre la Carrera Administrativa, ha establecido en su artículo 40, 41 y 42, la regulación por ley del ingreso a la misma, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos, dejando fuera de ella a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza; también prohíbe al funcionario

y al servidor público, el desempeño de más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente; legisla sobre la obligación de publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos; y, en cuanto al derecho de sindicación y huelga de los servidores públicos; destacándose que no ha estipulado precepto relacionado al caso del servidor público contratado.

De acuerdo con lo reseñado, se puede definir al servidor público como la persona en ejercicio de su ciudadanía que presta servicios para el Estado, a cambio de una remuneración, ostentando derechos y estando sujeto a obligaciones en el marco del ordenamiento legal vigente.

2.1.3. Tipos de servidor público

Es en el texto del Decreto Legislativo N° 276 en que se alude a los tipos de servidores en el Estado Peruano; y, esto, lo reseña de manera explicativa, Paredes (2018), citando la Casación laboral N° 14909-2013, en los siguientes términos:

Conforme se advierte del D. Leg. N° 276, en el sector público existe dos clases de servidores: i) Nombrados; y, ii) Contratados. Los servidores nombrados se encuentran comprendidos en la carrera administrativa y se sujetan íntegramente a las normas que la regulan, como son los derechos, bonificaciones y beneficios, en cuanto su ingreso necesariamente es por concurso público conforme lo señala el art.12 literal d) del D. Leg. N° 276; y, los servidores contratados que por el contrario no están comprendidos en la carrera administrativa, pero si en las disposiciones de dicho dispositivo legal en lo que les sea aplicable, según se aprecia

del art. 2 del citado D. Leg., contratación que puede darse para realizar funciones de carácter temporal o accidental, o para el desempeño de labores permanentes. (p.124).

En el artículo 3 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM (1990), se indica:

Entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a Ley.

Siguiendo la explicación de Paredes, en el Perú, según la reseñada Casación coexiste 2 clases de servidores:

- Servidores nombrados: conocidos también como servidores públicos, están comprendidos en la carrera administrativa, prestando servicios de naturaleza permanente en la administración pública, con carácter estable, sujetándose íntegramente a las normas que la regulan, como derechos, bonificaciones y beneficios establecidos en dicha carrera; y, conforme al artículo 12 literal d) del Decreto Legislativo 276, ingresan necesariamente por concurso público, haciendo carrera el servidor nombrado, asistiéndole el derecho a la estabilidad laboral indeterminada.
- Servidores contratados: El Decreto Legislativo N° 276 en su artículo 2 alude en esta clasificación a quienes no están comprendidos en la carrera administrativa, pero si en las disposiciones de dicho precepto legal en lo que les sea aplicable; refiriendo en su artículo 15° que la contratación laboral puede darse para realizar funciones de carácter temporal o

accidental, o para el desempeño de labores permanentes; y, tratándose de labores administrativas de naturaleza permanente, no puede renovarse por más de tres años consecutivos; siendo en esta clase de trabajadores en torno a la cual, gira la investigación.

2.1.4. Vínculo de trabajo estatal

Beltrán (2013), en su tesis “Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el Estado”, sostiene: “Es toda relación subordinada y remunerada existente entre una entidad del Estado y un trabajador público, nombrado o contratado al servicio de la Nación.” (p.10)

De acuerdo con Castillo (2017), el vínculo de trabajo estatal es diverso, existiendo distintos regímenes laborales generales y especiales, generando esto, desorden en la administración pública, en la medida en que cada régimen importa distintos derechos y deberes para los servidores públicos.

La diversidad descrita ha sido recogida en el Decreto Legislativo N°276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Régimen Laboral Privado del Decreto Legislativo N°728 y el Régimen Especial de la Contratación Administrativa de Servicios normado en el Decreto Legislativo N°1057.

2.1.5. Situación jurídica del servidor público contratado

Castillo (2017) sostiene que a favor de los trabajadores públicos comprendidos en el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N°728 y quienes han suscrito contratos bajo el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), si se ha establecido una adecuada protección ante un despido arbitrario. Al respecto, cabe indicar que esa protección no es idónea, en razón a que legalmente no ha sido prevista la desnaturalización de sus contratos, no obstante apelar el estado a esta modalidad a manera de fraude, desdibujando el rasgo de temporalidad fijado como característica; similar es el caso de quienes de buena fe han contratado por servicios no personales para el desarrollo de servicios permanentes por más de un año, con la endeble protección contemplada en el artículo 1° de la Ley N°24041, vulnerada a su vez, por la producción legislativa y jurisprudencial divergente.

Son los jueces quiénes por interpretación desde la constitución, deberían desnaturalizar los contratos por servicios no personales o los contratos administrativos de servicios, no obstante, existe diversidad de criterios, precisamente por la problemática a la que ha conducido el legislador con manifiesta tendencia involucionista en el tema de la permanencia laboral en el sector público, ameritando mayor protección a nivel constitucional.

Sub Capítulo II: Derecho a la Reposición del Servidor Público

2.2.1. Derechos Fundamentales

Castillo (2010) en “El contenido constitucional de los Derechos Fundamentales como objeto de protección del amparo” ha afirmado que:

Pueden ser definidos como los derechos humanos constitucionalizados. Así, derechos humanos y derechos fundamentales vienen a ser lo mismo, y no podía ser de otra manera cuando detrás de unos y otros está la persona. La legitimidad y consiguiente validez de esa constitucionalización dependerá de su ajustamiento a las exigencias del derecho humano.

(p.95)

De esto, se entiende que los derechos fundamentales son inherentes a la persona, variando según las exigencias planteadas por la sociedad cambiante, debiendo corresponderse en su validez, el contenido constitucional de un derecho fundamental, en este caso del derecho a conservar el trabajo, de su ajustamiento al contenido esencial del derecho humano.

2.2.2. Derecho al trabajo

Vásquez (2019), citando a De Diego, 2004, refiere que “Derecho del trabajo es la rama del derecho privado que se ocupa de las relaciones individuales y colectivas entre los trabajadores dependientes y los empleados, con el fin de reglar sus derechos y obligaciones”, en tanto que para otros como Alonso García, 1981, es el conjunto de normas reguladoras de

las relaciones nacidas de la prestación libre por cuenta ajena, de un trabajo remunerado, realizada personalmente.

Paredes (2018), citando la sentencia recaída en el expediente N°1124-2001-AA/TC (F.J. N°12), caso Sindicato de trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel Lima, destaca que:

El derecho al trabajo está reconocido por el art. 22 de la Constitución. Este tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Cabe precisar que en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, si bien hay que precisar que la satisfacción a este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (Jurisprudencia Laboral y de la Seguridad Social, p. 128).

Citando esta misma sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, Castillo (2017), hace recordar los dos aspectos del derecho al trabajo, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, que supone actividad estatal; y, el derecho a conservar dicho puesto, entendiendo de esto, el derecho a no ser despedido, salvo por justa causa.

La Constitución Política vigente en su artículo 22° reconoce el derecho al trabajo como una realidad relacionada con la libertad, que es, a su vez, objeto de mayor atención que la libertad de trabajo en la Constitución, en el marco de haber determinado que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del estado, significando esto, la posibilidad jurídica y material de que la persona pueda alcanzar su más pleno desarrollo, para lo cual tiene un rol trascendental, el trabajo como medio de realización de la persona y por ende, de la sociedad.

2.2.3. Contenido esencial del Derecho al trabajo

De la sentencia recaída en el expediente N°1124-2001-AA/TC (F.J. N°12), se tiene que el contenido esencial del derecho al trabajo, está conformado por el derecho a acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

El acceso a un puesto de trabajo es un derecho que supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a la generación de empleos para que la población acceda a un puesto de trabajo; esto, a su vez entraña un desarrollo progresivo conforme a las posibilidades del Estado; es decir, las normas no deben tener carácter regresivo o involucionista.

Es el derecho a no ser despedido, el que está ligado con el tema de la presente investigación, importando que, para arribar a la drástica y unilateral decisión del despido, debe mediar causa justa, estando proscrito hacerlo, en otro contexto.

2.2.4. Estabilidad laboral y Reposición laboral

Obregón (2016), citando a Américo Pla, refiere que la estabilidad laboral constituye una manifestación del principio de continuidad laboral, que informa en cuanto a la preferencia por la contratación a plazo indeterminado, a la que se le denomina estabilidad laboral de entrada, siendo otra manifestación, el límite al despido arbitrario, a lo que se conoce como estabilidad laboral de salida; destacando que el objetivo de la estabilidad laboral es proteger el derecho al trabajo, impidiendo los actos arbitrarios de los empleadores, siendo la estabilidad laboral de salida, la que está relacionada con el tema del despido.

De acuerdo con esto, se diferencia dos tipos de protección laboral frente al despido: La estabilidad laboral absoluta, para el despido injustificado, por la cual el trabajador tiene derecho a la reposición; la estabilidad laboral relativa propia, cuando existe la opción entre el pago de una indemnización al trabajador o su reposición en el empleo, decisión, que según la opción legislativa, podrá depender del propio trabajador, del juez o del empleador; y, la estabilidad laboral relativa impropia, cuando ante el despido del trabajador, se le concede el derecho a una indemnización.

En esa misma línea, Vásquez (2019), citando a Morillo Villavicencio, 2019, hace ver que la estabilidad laboral es un derecho derivado del reconocimiento del principio de continuidad laboral, es una característica que los trabajadores han buscado otorgarle al Derecho Laboral y que les permite dejar de lado la incertidumbre de ser retirados de sus puestos de trabajo en cualquier momento, radicando su importancia en lo necesario del

trabajo para la obtención de los recursos suficientes para la supervivencia y sustento de la familia.

De esto, puede definirse a la reposición, como una garantía de la estabilidad laboral, como la acción que supone el regreso del trabajador a su puesto laboral, para el caso de haber sido despedido indebidamente; es la manifestación de la estabilidad laboral absoluta, como derecho propiamente dicho, no existe dentro de la normatividad peruana, con la excepción de supuestos de despido nulo.

Respecto a la reposición en el sector público, Paredes (2018), destaca que solo se dará cuando se compruebe la arbitrariedad de un despido de un trabajador que haya ganado una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

Sub Capítulo III: Contratación de servidores públicos

2.3.1. Definición del contrato de trabajo

Castillo (2017), citando a Toyama Miyagusuku, entiende por contrato de trabajo al acuerdo de voluntades mediante el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena para un empleador, en una relación de subordinación a cambio de una remuneración.

De esto, se puede definir al contrato de trabajo como la relación contractual, por la cual un sujeto se obliga a prestar sus servicios personales, a cambio de una retribución económica con carácter remunerativo, no bajo su libre albedrío, sino bajo dirección de un superior, en un régimen de ajenidad, quedando sometido al cumplimiento de directrices, que vienen a ser obligaciones laborales.

2.3.2. Desnaturalización de contrato

Saavedra (2020) desarrolla la repercusión del principio de primacía de la realidad, con la finalidad de determinar el fraude laboral en los contratos de locación de servicios en EsSalud, identificando este tipo de contratación civil, como una manera de fraude comúnmente utilizada por el Estado, contratando personal de manera irregular para reducir costos; pudiendo a partir de esto, definir por la desnaturalización del contrato, el acto o resolución de revelar, poner en evidencia el fraude descrito, en aplicación de principios laborales, esencialmente el principio de primacía de la realidad y el principio de continuidad laboral.

Ahora, en cuanto a la desnaturalización del contrato de trabajo en el Sector Público, el Tribunal Constitucional en el fundamento 18 de la sentencia N°05057-2013-PA/TC ha establecido la siguiente regla como precedente vinculante:

Regla 3: En los casos de desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil en el sector público, no puede ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que la modalidad del Decreto Legislativo N°728, en el ámbito de la administración pública, exige la realización de un concurso público de méritos para una plaza indeterminada. Esta regla sólo se aplica a los contratos que se realizan en el sector público, no para el sector privado; desprendiendo de esto que únicamente se puede adquirir una plaza indeterminada bajo los alcances del Decreto Legislativo N°728, por concurso público de méritos y en el sector público solo procede la reposición de un trabajador, si ingresó a través de un concurso público y abierto, en caso de desnaturalización del contrato de trabajo o civil no se tiene el derecho a la reposición (fundamento jurídico 18).

Con este fallo, el Tribunal Constitucional torna más rígido el derecho laboral, identificándose vulneración al derecho al trabajo, con el desconocimiento, principalmente del principio de progresividad y no regresividad laboral.

2.3.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto al artículo 1 de la Ley N° 24041 y respecto a la reposición.

En la sentencia emitida en el Exp.N°0206-2005, caso Baylón Flores, se indicó que los trabajadores comprendidos en el artículo 1° de la Ley N°24041 pueden recurrir al proceso contencioso administrativo para demostrar el desempeño de labores de naturaleza

permanente por el periodo superior a un año y reclamar la protección de su derecho al debido proceso administrativo y de su derecho al trabajo, en buena cuenta, obtener su reposición, desprendiendo de esto, que la contratación civil estatal fraudulenta es pasible de desnaturalización.

Sin embargo, la producción del Tribunal Constitucional en esta materia ha sido diversa, confusa y en demasía, rígida; así, en un primer momento posterior a la emisión del Precedente Vinculante, Exp. N°05057-2013-PA/TC dejó establecido que la reposición es únicamente para los trabajadores que ingresaron al sector público por concurso público de méritos; y la indemnización es para los casos de desnaturalización de los contratos en el sector público, condicionando la reposición, al ingreso por méritos.

Posteriormente, retrocediendo en la Sentencia N°06681-2013-PA precisó que el precedente vinculante antes reseñado, solo se aplica a los trabajadores que hacen carrera administrativa, no a los obreros municipales, concluyendo por la reposición.

2.3.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto al Contrato Administrativo de Servicios -CAS-

En la sentencia emitida en el expediente N°00002-2010-PI/TC, se establece que “no resulta inconstitucional considerar al D. Leg. N°1057, como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes legales existentes”; y, para ingresar al sector público tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no solo la existencia de una plaza vacante previamente presupuestada, sino además, que no exista

impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo para tal efecto; llama la atención que en el fundamento trigésimo octavo indica que al compararse este sistema de contratación con las reglas imperantes para los contratos de locación de servicios, obviamente la comparación sería más favorable al previsto por el Decreto Legislativo N°1057.

2.3.5. Jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto al artículo 1 de la Ley N°24041

Paredes (2018) cita la Casación laboral N°2647-2013 Piura, publicada en El Peruano con fecha 1 de febrero de 2016, conforme a la cual: es aplicable la protección prevista en el art. 1 de la Ley N°24041 a la demandante, por haberse acreditado que ella ha realizado labores de naturaleza permanente y ha prestado servicios por más de un año en forma ininterrumpida, así también, la contratación administrativa de servicios no podría sustituir válidamente la contratación de trabajo de naturaleza indefinida dentro del ámbito laboral público, por lo que se afectaría el principio de irrenunciabilidad de derecho y el principio de progresividad, al convalidar la posibilidad de la involución de los derechos laborales, restringiendo y limitando su contenido” (Casación laboral N°2647-2013 Piura).

En la Casación Laboral 5791-2011, también citada por Paredes (2018), se destaca que encontrándose reconocido el vínculo laboral del demandante en un proceso judicial previo, en el que fue repuesto bajo los alcances del art.1 de la Ley N°24041, dicha situación no puede ser modificada, lo que le otorga el derecho a no ser cesado sin el procedimiento previo previsto en el capítulo V del D. Leg.N°276, más no implica que el servidor haya ingresado a la carrera pública, en tanto que tal como se desprende del texto del art. 15 del

acotado D. Leg. para adquirir tal condición deberá concursar y ser evaluado previamente de manera favorable, por lo que le corresponde ser incluido en planillas como servidor público contratado.

La Ley N°24041 ha previsto el caso de los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, la protección en la medida que no pueden ser cesados ni destituidos, sino por causas previstas en la mencionada ley, excluyendo de su ámbito de protección a trabajos para obra determinada, labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada, labores eventuales o accidentales de corta duración y funciones políticas o de confianza.

En la Casación Laboral N°5807-2009 Precedente Vinculante, Junín, la Corte Suprema se pronunció en cuanto al tema de las breves interrupciones para acceder a la protección otorgada por el artículo 1° de la Ley N°24041, estableciendo que la interpretación del art. 1 de la Ley N°24041, es considerar que las breves interrupciones de los servicios prestados, por servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente no afectan el carácter ininterrumpido de dichos servicios si las interrupciones han sido promovidas por la entidad pública empleadora para desconocer el derecho del trabajador a la protección frente al despido que le brinda dicha ley.

Siguiendo la línea de interpretación de la Corte Suprema, el hecho que el servidor público se beneficia con la protección dispensada por el artículo 1° de la Ley N°24041, no

implica que se le esté dando acceso a la carrera administrativa, debido a que dicho ingreso solo es posible por concurso público de méritos.

En criterio posterior la Corte Suprema, en la Casación Laboral N°1308-2016 Del Santa, de fecha 19 de octubre de 2017, con calidad de Precedente Vinculante declarada en el fundamento trigésimo tercero, en cuanto a los considerandos décimo octavo, décimo noveno, vigésimo tercero y vigésimo cuarto de dicha sentencia; desarrolla el Principio de Causalidad, explicando que el mismo es sustento del régimen laboral peruano, en virtud del cual, la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen, habiendo preferencia por la contratación laboral a tiempo indefinido, respecto de la contratación de duración determinada, tendiendo a evitar el fraude en la celebración de contratos civiles; asimismo en su fundamento vigésimo octavo hace recordar que el artículo 1° de la Ley N°24041 no otorga en absoluto estabilidad laboral a los accionantes.

2.3.6. Jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto al Contrato Administrativo de Servicios

En la citada Casación Laboral 1308-2016 Del Santa, al analizar la aplicación del artículo 1° de la Ley N°24041, en su considerando vigésimo sexto, valora que tras la contratación por servicios no personales, a partir de julio de 2008, el actor fue contratado bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios fueron realizados en forma personal e ininterrumpida; invocando en el fundamento trigésimo el Tema N°2 del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, realizado los días 8 y 9 de mayo de 2014, en cuanto se estableció que corresponde declarar la invalidez de los contratos administrativos de servicios, en los casos en que los servidores hayan suscrito y cesado bajo dicha modalidad,

siempre que con anterioridad, hayan acreditado cumplir con los requisitos exigidos para alcanzar la protección contra el despido arbitrario, esto es, haber desempeñado labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido.

2.3.7. Reconocimiento de un derecho como constitucional

La Constitución Política del Perú vigente contiene una serie de derechos explícitos, es decir que están expresados clara y certeramente en la norma jurídica, no obstante conforme al artículo 3°, puede otorgarse protección a futuro a nuevos derechos, que vendrían a ser los derechos implícitos, los que todavía no están expresados de manera clara o certera en la Constitución, que como tales necesitan una especial argumentación precisamente por no estar especificados o sustentados, siendo posible lograr una futura y eficaz protección de nuevos derechos que tengan como base la dignidad del hombre.

En la presente investigación se propone la incorporación del artículo 27 "A" en la Constitución Política del Perú, referido al derecho a la reposición del servidor público contratado, partiendo de que la falta de reconocimiento a nivel constitucional, viene dando lugar a producción legislativa involucionista en materia laboral, significando esto, una solución efectiva en garantía del respeto al derecho fundamental al trabajo de este sector de la población laboral.

2.3.8. Definiciones Conceptuales

- Servidor Público: Según Parra (2005), citado por Velaña-Bayas (2019) indica que es una persona natural, que presta servicios personales a una entidad del Estado, con el propósito de recibir una remuneración.

- Reposición laboral: Esta figura fue creada por el Tribunal Constitucional, en interpretación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú, definiéndola como el derecho del trabajador a regresar a su puesto de trabajo, en caso haya sido indebidamente despedido.

- Contrato de Trabajo: Valdez (2019), citando a Javier Neves, indica que el trabajo es cualquier ocupación, en tanto que para el derecho, es solo una ocupación con determinadas características. (p.29).

- Derechos Fundamentales: Castillo (2010) afirma que son una serie de exigencias humanas, que formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal, pudiendo referirse a estos, como derechos constitucionales.

- Derecho al Trabajo: El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Exp. N°0082005-PI/TC del 12 de agosto de 2005, F.J.18, sostiene que su importancia descansa en ser vocación y exigencia de la naturaleza humana.

- Régimen Laboral: De parte de la Escuela de Gobierno y Gestión Pública R&C Consulting, se ha brindado la siguiente definición: Un régimen laboral es el conjunto de funciones y actividades esenciales propias de la Administración Pública realizada por los empleados públicos. De ese modo, existe una multiplicidad de regímenes en la administración: generales y especiales (15 aproximadamente).

- Despido: Blancas Bustamante (2013), citado por Vásquez (2019) sostiene que el despido del trabajador comporta la manifestación de un poder que se reconoce al empleador, que ha pasado por 3 etapas: 1) el despido: poder absoluto, 2) el despido: poder limitado, y, 3) el despido: poder excepcional.

- Estabilidad Laboral: Paredes (2018): La estabilidad laboral significa en sí, la permanencia en el empleo, que el contrato de trabajo que una persona tiene con su empleador, se mantenga en el tiempo, que no termine de un momento a otro sin motivo.

- Desnaturalización de contrato: Para Gálvez Monteagudo Abogados, un contrato de naturaleza civil se desnaturaliza cuando se presentan rasgos de laboralidad, como, por ejemplo, indicios de subordinación y/o prestación personal de los servicios frente al empleador que hacen presumir la existencia de una relación laboral encubierta.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE DATOS

3.1. Tipo de Investigación.

La investigación que se va a desarrollar es Aplicada de nivel Propositivo, porque se va a describir el problema de los despidos masivos que se producen a consecuencia de una normativa involucionista, en materia de contratación con el Estado, cuando se ha dado el presupuesto de haber prestado servicios permanentes por el plazo igual o superior a un año y se propone la incorporación de un precepto constitucional que proteja a los servidores que de buena fe han contratado con el estado.

También se trata de una investigación explicativa porque se va a explicar la causa del problema planteado, que es la normativa en retroceso, representada en este caso específico por el Decreto Legislativo N°1057 y el derogado Decreto de Urgencia N°016-2020, explorar dicha causa para proponer una solución.

3.2. Métodos de investigación.

Se va a emplear el Método deductivo porque se parte de un problema general, como es los despidos masivos derivados de la relación laboral con el Estado, para ir a uno específico, que es la normativa en retroceso, específicamente la que se encuentra vigente desde el 29 de junio de 2008, Decreto Legislativo N° 1057 y el Decreto de Urgencia N° 0162020, vigente a partir del 24 de enero del 2020 hasta el 23 de enero de 2021 en que fue

derogado por Ley N° 31115, que debilitan la estabilidad relativa de ese grupo de trabajadores. Así también se aplica el método inductivo para la comprensión de las categorías halladas a través de la entrevista.

3.3. Diseño de contrastación.

El propósito de este estudio es mixto, la parte cualitativa se realiza a partir de la revisión documental y el fichaje, así como las entrevistas realizadas a los magistrados. El extremo cuantitativo, lo hallamos a través del procesamiento de datos de la encuesta a abogados especialistas en Derecho Laboral y Constitucional.

3.4. Población y Muestra.

La población la constituyen los 7 Jueces Especializados Laborales de Chiclayo, con la especialidad en Contencioso Administrativo y Laboral Previsional y a 9370 abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque.

La muestra fueron 4 Jueces Especializados en Materia Laboral, 40 abogados en materia Constitucional y 40 abogados en materia Laboral. Constituyendo cada abogado encuestado una unidad de análisis.

La muestra cualitativa (entrevistas), se realizó por expertos decisionales, y la muestra cuantitativa (a partir del muestreo bola de nieve)

3.5. Técnicas de recolección de datos.

La técnica de procesamiento en la presente investigación “se llevó a cabo a través del procesador Word y Excel, para el procesamiento de la literatura y de los datos estadísticos respectivamente. Se analizó el derecho positivo a fin de determinar si es correcto o en su realización hay defecto o deficiencia, para llegar a corroborar la hipótesis”.

Los materiales documentales utilizados fueron Normas, Jurisprudencias, Doctrina, Libros jurídicos, Leyes, Decretos Legislativos.

3.6. Procesamiento y análisis e interpretación de datos.

Se han recolectado los datos mediante el fichaje, para el material extraído de libros, revistas y portales institucionales; y guías de observación a fin del análisis de normas internacionales, la Constitución, doctrina y jurisprudencia.

Los datos han sido revisados, categorizados y organizados en función a los objetivos propuestos; así mismo se ha tabulado las respuestas otorgadas, presentándolas en gráficos y tablas.

Se efectuó una codificación axial y abierta, comparando las respuestas otorgadas por los participantes, lo cual permitió encontrar puntos de afianzamiento y de quiebre, se codificó los datos obtenidos de la aplicación de la entrevista, fichaje y análisis documental, en razón de lo cual considerando tres técnicas nos ceñimos al método científico. Así mismo

tiene una máxima validez, pues al recolectar la información se consignó al autor de la misma y se precisó en cada caso cual es la opinión de la investigadora.

3.7. Resultados.

3.7.1. Describir la estabilidad laboral en la Legislación y Doctrina Nacional y Extranjera.

El derecho al trabajo y la estabilidad laboral son derechos que fueron evolucionando conforme iba pasando el tiempo, y es gracias a estos cambios que hoy en día en muchas partes del mundo existen mejores condiciones laborales.

El caso peruano iba garantizando la progresividad de los derechos constitucionales, si consideramos que los inicios de la estabilidad laboral se produjeron en 1924 con la promulgación de la Ley 4916 que protegía al trabajador contra despidos sin causa, posteriormente en 1970 se promulgó el Decreto Ley 18471 que establecía la estabilidad laboral absoluta, conforme continuó pasando el tiempo la estabilidad laboral fue evolucionando aún más en nuestro país, en 1978 se promulgó el Decreto Ley 22126 para una mejor interpretación del decreto ley 18471; pero es en 1979 que la estabilidad laboral en el Perú alcanza su máximo esplendor ya que es incorporada dentro de la Constitución Política del Perú de 1979. “La Constitución de 1979, que entró en vigencia el 28 de julio de 1980, y en cuyo artículo 48 se establecía un régimen de estabilidad absoluta muy claro y preciso, al disponer que el estado reconoce el derecho de estabilidad laboral en el trabajo”. (Villavicencio, 2013, p. 311).

Ahora bien, después de este progreso, el derecho a la estabilidad laboral que había estado presente durante muchos años en la legislación laboral peruana desapareció en la década de los noventa esto a raíz de la nueva constitución de 1993 la cual no contemplaba como un derecho la estabilidad laboral cosa que si sucedió en la constitución de 1979. (Villavicencio, 2013)

En relación a la ausencia del derecho a la estabilidad laboral en la Constitución Política del Perú de 1993, surge la problemática cuando se crean normativas en base a la constitución, estas normas no se limitan a interpretarse dentro de los márgenes constitucionales, al contrario, emanan normas inconstitucionales.

Existen varias normativas reguladoras laborales entre ellas de régimen público, privado y especial. Las normas infra constitucionales en la actualidad cumplen defectuosamente la tarea de desarrollar los derechos. Nuestra Carta Magna de 1993 ha reducido la cantidad de derechos laborales constitucionalizados y, en algunos casos, redujo también su intensidad. En la misma década, la flexibilización y hasta desregulación que operó el legislador respecto de varios derechos laborales individuales obedecía una errada convicción de que el Derecho del Trabajo obstaculizaba el desarrollo de la economía al encarecer la contratación de trabajadores. Según Boza:

“La historia más reciente de nuestro sistema de relaciones laborales se ha desarrollado bajo dos constituciones sociales, 39 de inspiración distinta: (i) La Constitución

Política de 1979, dictada en un contexto de transición democrática; y (ii) la Constitución Política de 1993, de inspiración neoliberal”. (2014, Pág. 25)

La Constitución Política del Perú de 1993, protege al trabajador frente a cualquier despido arbitrario por parte del empleador, esta no distingue las diferentes responsabilidades contractuales o extracontractuales que tengan un empleador con el trabajador, la protección que ofrece la Constitución se basa en derechos fundamentales de la persona. Cumple con asegurar que los derechos al trabajo de las personas queden salvaguardados y puedan ejercerse sin menoscabo alguno en el seno de la relación de trabajo (Boza, 2014).

Actualmente la estabilidad laboral no se encuentra expresamente establecida dentro de la Constitución vigente, pero ha significado, en muchos casos, su inaplicación, puesto que el Tribunal Constitucional se ha encargado de desarrollarlo en diferentes pronunciamientos de las cuales extraemos la siguiente definición.

La estabilidad laboral protege al trabajador desde el ingreso a su centro de trabajo su continuidad y que la extinción de su relación laboral este regulada por la ley, es así que la estabilidad laboral se divide en:

- Estabilidad laboral de entrada. Son las condiciones bajo las cuales el trabajador fue contratado, es decir, el tiempo de contrato, la labor que va a desempeñar, remuneraciones, causales de despido, etc.

- Estabilidad laboral de salida. Se da cuando un trabajador es despedido solo por causales que la ley establezca y por medio de mecanismos fraudulentos, injustificados y que atenten contra los derechos constitucionales del trabajador.

La estabilidad laboral puede vulnerarse tanto al ingresar a un trabajo como también al momento de extinguirse la relación laboral ya que se observa muchos casos en los cuales hay trabajadores desempeñando trabajos permanentes, pero bajo contratos temporales. “La estabilidad laboral posee dos expresiones; la estabilidad de entrada y la de salida, que a pesar de que se encuentran al comienzo y al final de la relación laboral tienen un grado de comunicación muy intenso”. (Villavicencio, 2013, p. 318)

La estabilidad laboral es la exigencia a todo empleador de mantener al trabajador bajo una contratación a plazo indefinido, a menos que se produzca una causal de despido por cometer una falta previamente establecida.

Asimismo, se le considera un derecho laboral que sirve de sustento para el desarrollo de las demás garantías que el Derecho otorga al trabajador (Villavicencio, 1996).

El Protocolo de San Salvador, instrumento internacional que acoge el derecho a la estabilidad laboral, implica la exigencia de una “causa de justa separación como requisito para la validez del despido, de lo que se deduce, que este instrumento descarta el despido sin causa, o por ser contrario al derecho al trabajo” (Blancas,

2012). De igual forma, enumera como medidas reparadoras específicas del despido injustificado la indemnización (tutela resarcitoria) o la readmisión (tutela restitutoria)

En palabras de Concha (2014) la estabilidad laboral es un derecho del trabajador de mantener su puesto en un tiempo indeterminado, a menos que se verifique una causal de despido. “Este derecho tiene su sustento en el principio de continuidad, que es aplicado en contratos a plazo indeterminado, mas no en aquellos sujetos a modalidad” (Blancas, 1991, y Toyama Miyagusuku, 2011).

A nivel constitucional, se prescribe:

“Artículo 22°. - El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

“Artículo 27°. - La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

El Tribunal Constitucional, en el pronunciamiento final del Expediente N° 1124- 2001-AA/TC, reconoce la estabilidad laboral de salida absoluta, lo que permite que el trabajador afectado por un despido arbitrario, en casos establecidos, pueda demandar la reposición u optar por la indemnización.

Es necesario recalcar que la protección del derecho del trabajo no implica que el empleador debe llevar una responsabilidad totalitaria o ajena del trabajador, sino solo cuando se encuentre afectado sus intereses por las irresponsabilidades del trabajador. Pero, junto con ello, tampoco es congruente con

los principios y derechos fundamentales de nuestro ordenamiento el sostener como viable a cualquier iniciativa de despido libre. (Mendoza y Meléndez, 2019).

En nuestro ordenamiento, la estabilidad laboral se reguló de modo expreso y con eficacia inmediata en la Constitución de 1979, la cual en su artículo 48 rezaba que “el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada” (Mendoza y Meléndez, 2019, Pág. 4).

Las causales que la ley establece para despedir con causa justa a un trabajador mencionan que este haya cometido una falta grave, este imposibilitado de poder ejercer sus labores, indisciplina y muchas otras más, pero la que guarda relación con la materia de investigación es la causal que establece que un despido es justificado cuando la ley lo establece, pero qué sucede si esa ley atenta contra los derechos fundamentales de una persona y que a su vez actúa por encima de la constitución. Se tendría que aplicar un control concentrado por parte del Tribunal Constitucional es decir evaluar si las mencionadas causales de retiro atentan contra los derechos constitucionales. Lupa (2019), precisó: “La estabilidad laboral es un derecho del trabajador de mantener su puesto en un tiempo indeterminado, a menos que se verifique una causal de despido” (p. 315).

Las causales de despido injustificado afectan igualmente derechos que son merecedores del mayor nivel de protección, en cuanto importan afectación a derechos humanos reconocidos por tratados internacionales. Así, despidos cuyo

verdadero propósito sea afectar la libertad sindical, o el ejercicio legítimo del derecho de huelga, o impliquen actos de represalia derivada de reclamos planteados contra el empleador, o la afectación a la maternidad, además de vulnerar el derecho al trabajo y la estabilidad laboral establecido en el pacto del salvador, justificarán igualmente un pronunciamiento jurisdiccional de eficacia restitutoria (Ferro, 2012).

Así también, “el despido ad nutum (aquel que solo se basa en la voluntad del empleador) o el despido injustificado (aquel cuya causa no se demuestra en juicio), se previó igualmente como un derecho de preceptividad aplazada, derivando a la ley el establecimiento del correspondiente régimen de tutela” (Ferro, 2012, p. 8).

De acuerdo al artículo 27° de la Constitución Política del Perú esta protege al trabajador de despidos arbitrarios. No asegura la perpetuidad de relación entre el empleador con el trabajador, pero si protege de despidos injustificados no fundamentados, esto da a entender que también por una mala interpretación normativa infra legal el trabajador puede ser despedido bajo una figura de despido nulo que se encuentra regulado en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728, La Carta Constitucional no contempla el derecho a la estabilidad laboral como un derecho fundamental y, solamente, concede al trabajador en su artículo 27°: “adecuada protección contra el despido arbitrario” (Llique y Beyá, 2015).

La inestabilidad laboral, es un fenómeno personal e individual que afecta, directamente, en la psique del trabajador como individuo que se encuentra

sujeto a un contrato laboral que no tiene la condición de indeterminado en cuanto al tiempo del trabajo, sino sujeto a un plazo de término que genera de por sí una inestabilidad laboral (Llique y Beyá, 2015, p. 6).

En cuanto a las leyes que regulan el derecho laboral entre el trabajador y empleador en el Perú, al no tener congruencia el contenido normativo con lo establecido en la constitución ha generado que se interprete erróneamente, por lo que el Tribunal Constitucional tiene la misión de recomponer a través de la vía interpretativa los derechos laborales.

El TC del Perú ha cumplido en la última década una función que Sanguinetti ha designado de recomposición de la categorización laboral peruana desde el fundamento constitucional, reponiendo vía interpretación sus niveles. (Boza, 2014):

“El Derecho del Trabajo es una disciplina que ha tenido un desarrollo insuficiente. En el plano normativo, está por debajo de los estándares mínimos fijados por los convenios internacionales de la OIT” (Boza, 2014, p. 26).

Es a partir del 2001 que el Tribunal Constitucional emitió pronunciamientos interpretativos de los artículos 24° y 27° de la Constitución en materia laboral como la sentencia 01124-2001-PA/TC, el caso trató de un despido masivo de varios trabajadores de telefónica por conformar un sindicato, debido a la legislación laboral vigente este acto se configuraba como uno de despido nulo regulado en el artículo 34 del Decreto Legislativo 728 y que como consecuencia de

estos actos irregulares los afectados solo podían ser indemnizados; pero el Tribunal Constitucional observó que el artículo en mención no podía ser interpretado dentro del marco de la constitución y además vulneraba claramente los derechos laborales de los trabajadores y no la aplicó al mencionado caso.

El Tribunal Constitucional tiene una importante función dentro de un estado constitucional de derecho como lo es el Perú, esto quiere decir que las normas infra constitucionales no pueden transgredir derechos protegidos por la Constitución que son la base del estado. “En virtud de lo expuesto, y atendiendo a la imposibilidad de interpretar al artículo 34 de la LCPL de conformidad con la constitución, el Tribunal inaplicó dicho dispositivo al caso concreto” (Villavicencio, 2013, p. 330).

Cuando un reglamento interno de una empresa contraviene la legislación vigente se puede interponer una acción popular, pero si es el caso que una ley vulnera un derecho se interpone una acción de amparo; el poder concentrado se encuentra tanto en la acción popular como en la acción de amparo, esto en caso de que se presente un conflicto entre las normas vigentes y la Constitución.

El TC en este tipo de conflictos puede usar el control difuso que es la inaplicación de una norma a un caso concreto o el control concentrado que es la eliminación o derogación de la ley que contraviene cualquier derecho de la Constitución vigente. “En relación con el primer párrafo del artículo 201° de la Constitución vigente, este señala que el TC es el órgano de control de la Constitución”. (López, 2017, p. 94)

Como bien lo señala la normatividad legal frente a un despido arbitrario solo corresponde indemnización. De acuerdo con lo dilucidado por el Tribunal Constitucional esta acepción de la legislación laboral no guarda relación con los derechos que protege la Constitución es por ello que ahora también se considera la restitución como una forma de hacer prevalecer los derechos laborales frente a despidos injustificados. La indemnización en sí misma es una respuesta legalmente válida ante el llamado despido arbitrario. No obstante ser una respuesta formal y materialmente constitucional, no ha sido compartida por el TC, el cual la considera no inconstitucional sino insuficiente y, por tanto, inconveniente; por eso ha creado una regla jurídica con la intención de sustituir a la creada por el legislador y que dice que la adecuada protección contra el despido arbitrario da derecho a la reposición o a la indemnización a elección del trabajador (Córdova, 2016).

La adecuada protección contra el llamado despido arbitrario tiene sin duda un ámbito jurídico, pero también tiene otro y no menos importante político. Jurídicamente, como ya se ha explicado, tanto la indemnización como la reposición son respuestas válidas frente a ese tipo de despidos. Si es así, optar entre dos alternativas igualmente constitucionales ya no es una cuestión jurídica, sino una cuestión política (Córdova, 2016, p. 11).

El afectado puede solicitar una reparación resarcitoria o reparadora pero no puede solicitar ambas ya que son excluyentes y solo el afectado puede escoger si solicita una reparación resarcitoria o reparadora es decir que sea beneficiario de una indemnización.

Si el demandado decide pagar un monto indemnizatorio no operara la reparación indemnizatoria por lo que el derecho a ser restituido del demandante aún persiste. “El Tribunal Constitucional señala la posibilidad, a elección del trabajador, de una reposición o indemnización, estas opciones son excluyentes”. (Gonzalo Lupa et al., 2019, p. 317)

Cuando el derecho al trabajo y la estabilidad laboral son vulnerados lavía donde se lleva el proceso es el contencioso, pero si tuvieran carácter de urgencia o existe el peligro de que suceda un daño irreversible, se opta por la vía extra ordinaria que es la acción de amparo siempre y cuando sea necesario por su urgencia sino tendrán que seguir por la vía ordinaria.

Los jueces de trabajo son los encargados de llevar los procesos con la antigua ley procesal del trabajo 26636; con la nueva ley procesal del trabajo 29497 los jueces de trabajo pueden llevar el caso en el proceso contencioso abreviado siempre y cuando se tenga como única pretensión la reposición laboral sino será llevado en el proceso ordinario, en el marco del D.S.Nº011-2019-JUS. “Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido encauzado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única”. (Obregón, 2016, p. 204)

Respecto a este objetivo, se presentan los resultados a las encuestas realizadas a los participantes, Abogados especialistas en Derecho Laboral y Constitucional. A fin de presentar las tablas y gráficos, se utilizan las siguientes

abreviaturas: Totalmente en desacuerdo (TD); Desacuerdo (D); Ni de acuerdo ni en desacuerdo. (NI); De acuerdo (DA); y Totalmente de acuerdo (TA)

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 1. El trabajador contratado por el Estado tiene en la actualidad estabilidad laboral

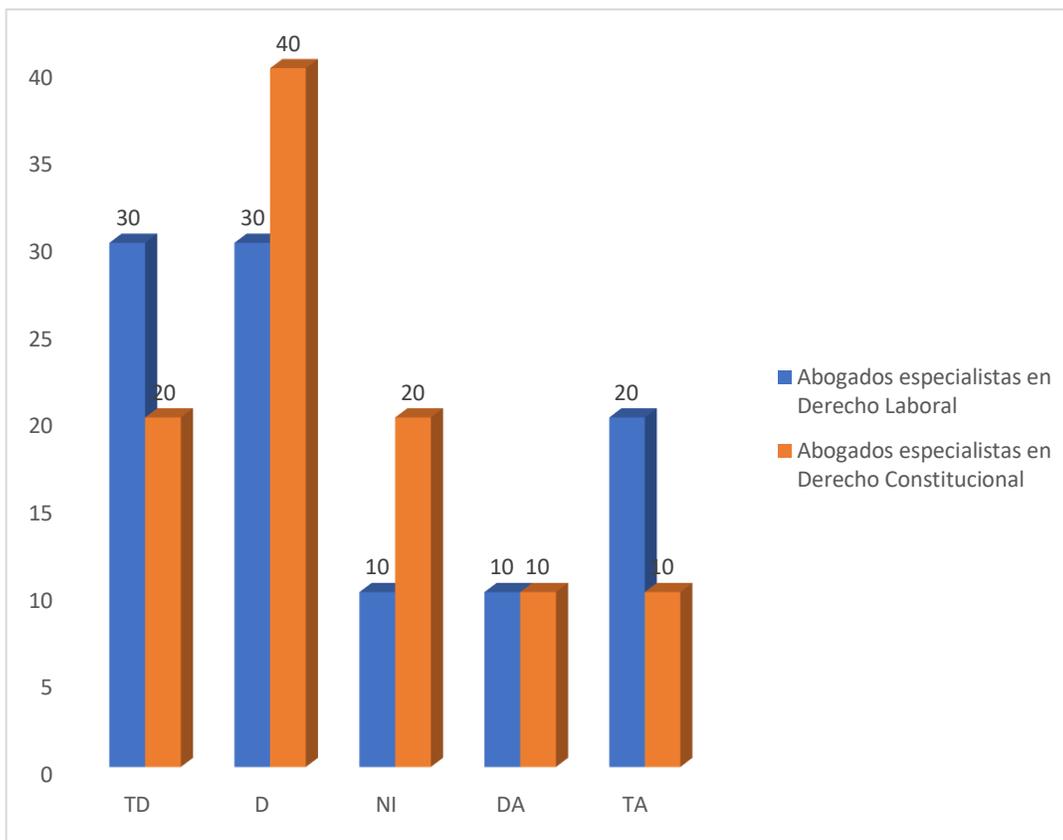
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 12 | 30 | 30 |
| D | 12 | 30 | 60 |
| NI | 4 | 10 | 70 |
| DA | 4 | 10 | 80 |
| TA | 8 | 20 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 2. El trabajador contratado por el Estado tiene en la actualidad estabilidad laboral

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 8 | 20 | 20 |
| D | 16 | 40 | 60 |
| NI | 8 | 20 | 80 |
| DA | 4 | 10 | 90 |
| TA | 4 | 10 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 1. El trabajador contratado por el Estado tiene en la actualidad estabilidad laboral.



Del gráfico N.º 1 se advierte que el 60% de los abogados especialistas en Derecho penal señalan que están en desacuerdo con que el trabajador contratado por el Estado tiene en la actualidad estabilidad laboral; aunado al 60% de constitucionalistas.

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 3. El denominado “contrato por locación de servicios o servicios no personales” celebrado con el Estado debe ser desnaturalizado en supuestos que lo ameriten

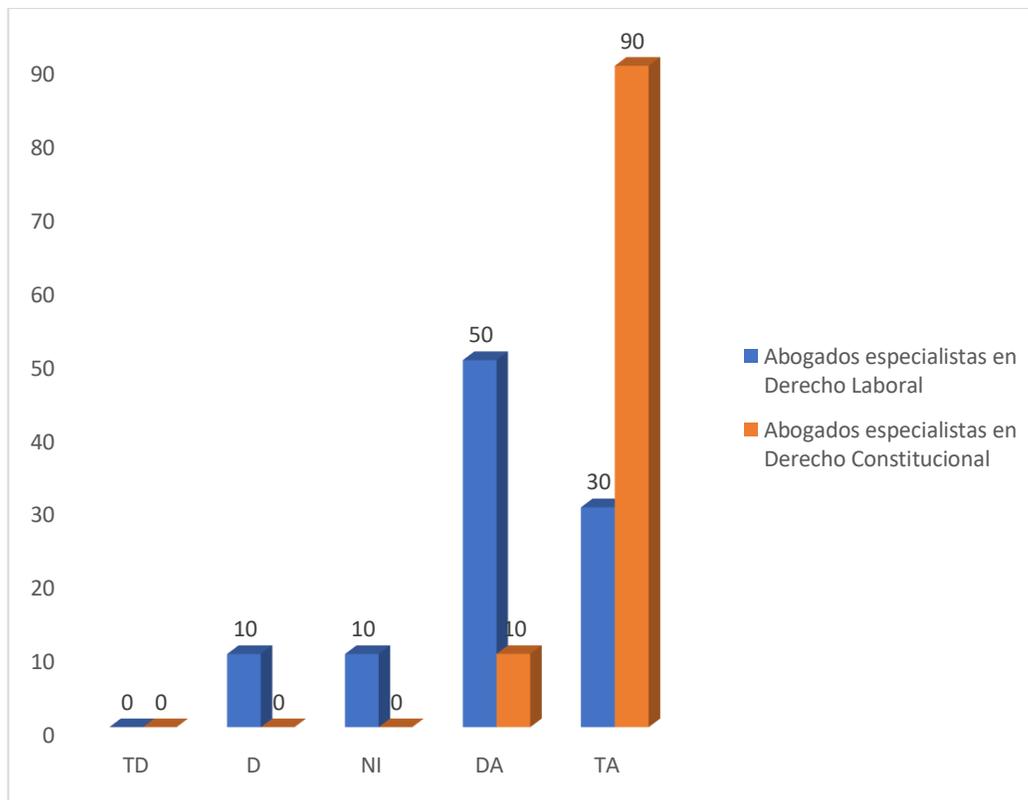
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 0 | 0 | 0 |
| D | 4 | 10 | 10 |
| NI | 4 | 10 | 20 |
| DA | 20 | 50 | 70 |
| TA | 12 | 30 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 4. El denominado “contrato por locación de servicios o servicios no personales” celebrado con el Estado debe ser desnaturalizado en supuestos que lo ameriten

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 0 | 0 | 0 |
| D | 0 | 0 | 0 |
| NI | 0 | 0 | 0 |
| DA | 4 | 10 | 10 |
| TA | 36 | 90 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 2. El denominado “contrato por locación de servicios o servicios no personales” celebrado con el Estado debe ser desnaturalizado en supuestos que lo ameriten.



Del gráfico n.º2 se advierte que la totalidad de abogados constitucionalistas encuestados señalan que el denominado “contrato por locación de servicios o servicios no personales” celebrado con el Estado debe ser desnaturalizado en supuestos que lo ameriten, evidenciándose que un 80% de abogados laboristas opinan en el mismo sentido.

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 5. El Estado también contrata a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728

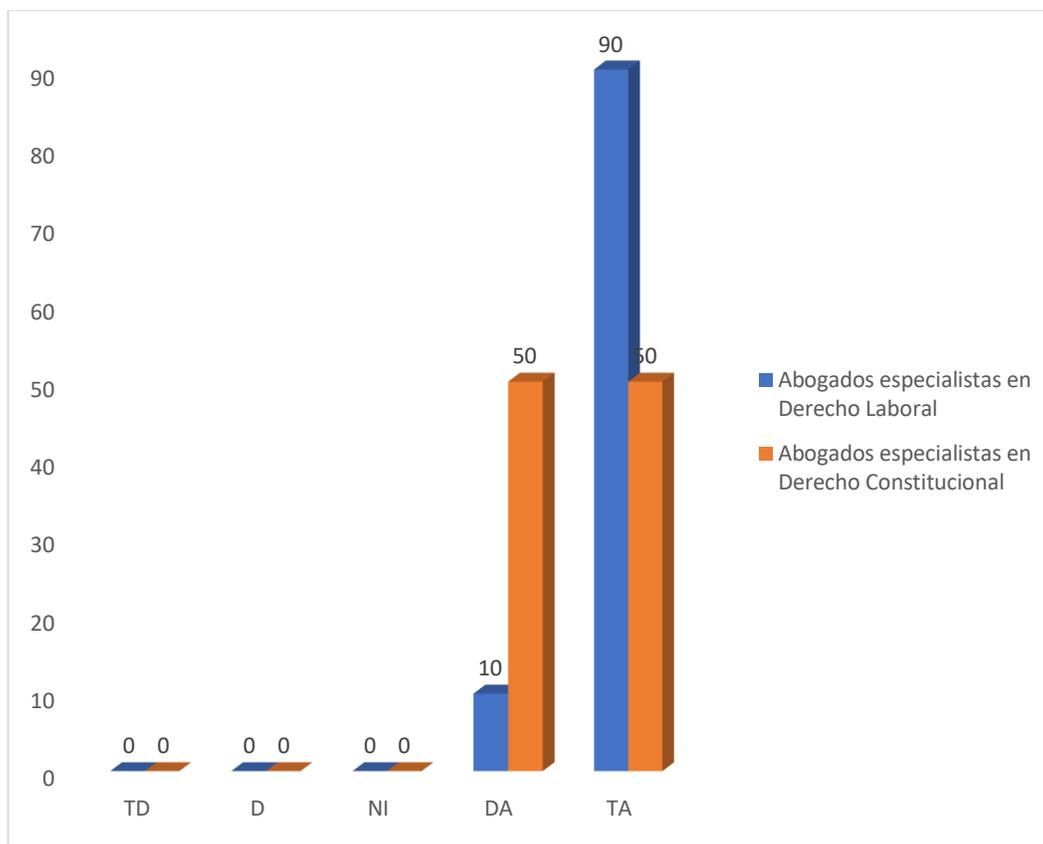
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 0 | 0 | 0 |
| D | 0 | 0 | 0 |
| NI | 0 | 0 | 0 |
| DA | 4 | 10 | 10 |
| TA | 36 | 90 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 6. El Estado también contrata a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 0 | 0 | 0 |
| D | 0 | 0 | 0 |
| NI | 0 | 0 | 0 |
| DA | 20 | 50 | 50 |
| TA | 20 | 50 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 3. El Estado también contrata a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728.



Del gráfico n.º3 se advierte que la totalidad de abogados especialistas en derecho laboral y constitucional están totalmente de acuerdo en que el Estado también contrata a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728.

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 7. La promulgación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, tuvo repercusión respecto a los trabajadores del Estado

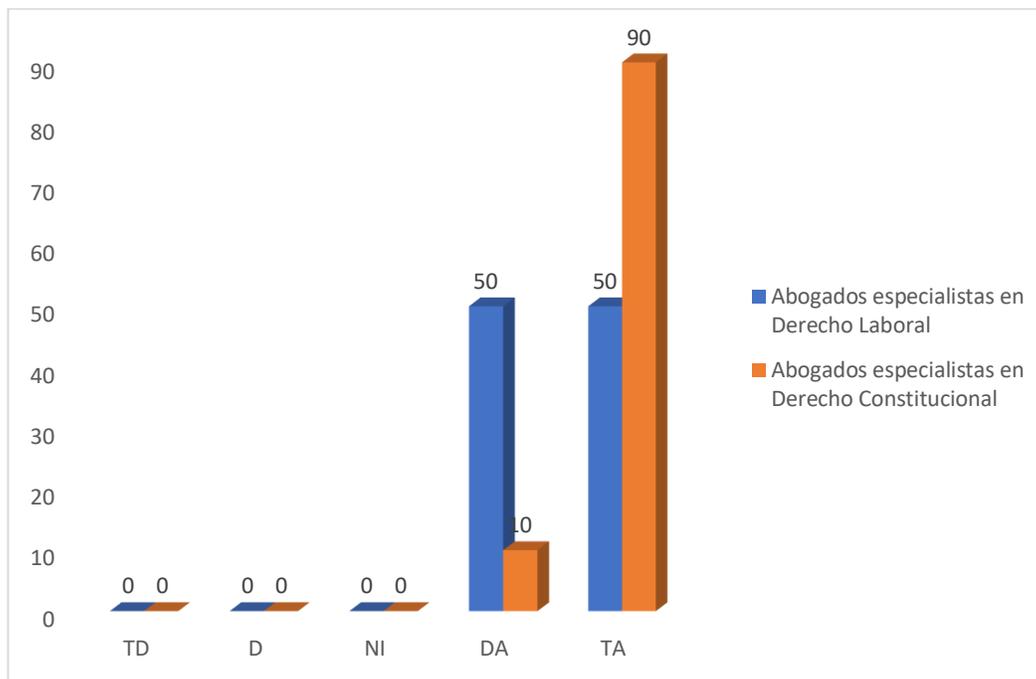
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 0 | 0 | 0 |
| D | 0 | 0 | 0 |
| NI | 0 | 0 | 0 |
| DA | 20 | 50 | 50 |
| TA | 20 | 50 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 8. La promulgación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, tuvo repercusión respecto a los trabajadores del Estado

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 0 | 0 | 0 |
| D | 0 | 0 | 0 |
| NI | 0 | 0 | 0 |
| DA | 4 | 10 | 10 |
| TA | 36 | 90 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 4. La promulgación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, tuvo repercusión respecto a los trabajadores del Estado.



En el mismo sentido, del gráfico n.º 4, se evidencia que la totalidad de encuestados señalan que la promulgación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, tuvo repercusión respecto a los trabajadores del Estado.

Al respecto, esta repercusión fue negativa, atendiendo a que derogó la Ley N° 24041, Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, así como el literal n) del numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 27.2 del artículo 27 del Decreto de Urgencia N° 014-2019.

Posteriormente mediante la Ley N° 31115 del 22 de enero de 2021, se derogó el Decreto de Urgencia N° 016-2020, y restituyó la Ley 24041, aprobada por insistencia del Congreso.

A continuación, se presentan las respuestas de los Magistrados especialistas en Derecho Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Tabla 2. ¿Qué es la estabilidad laboral según la Legislación y Jurisprudencia Nacional y Extranjera?

| Entrevistado | Respuesta |
|---------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Entrevistado 1 | Es el derecho del trabajador a permanecer en su puesto de trabajo (conservarlo) |
| Entrevistado 2 | Es el derecho que la ley concede a un trabajador a conservar su puesto indefinidamente sin que pueda ser despedido sin las garantías previstas en la misma Ley. |
| Entrevistado 3 | El derecho constitucional a no ser despedido arbitrariamente. |
| Entrevistado 4 | Es el derecho reconocido a favor de los trabajadores para permanecer en el ejercicio del cargo mientras no incurra en una conducta que justifique la conclusión de la relación laboral. |
| Teoría resultante | El derecho constitucional a no ser despedido sin causa justa, establecida por ley |

Respecto a la jurisprudencia, se presenta el caso Huatuco Huatuco.

| N.º expediente | Fundamentos relevantes |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>“Caso Huatuco” 05057-2013-AA 01 de junio de 2015</p> <p>Resolución: Declaró infundada.</p> <p>Precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la presente sentencia</p> | <p>18. Según los artículos 27º y 22º de la Constitución, el TC estima que en los casos que se acredita la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo N.º 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realizan en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo N.º 728 para el sector privado.</p> <p>20. Son pasibles de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50 de la mencionada Ley N.º 27785. El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el oficial responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD).</p> <p>21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, son inmediatos a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentran en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.</p> <p>“22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía laboral ordinaria</p> |

| | |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <p>para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponde, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N.º 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentado y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.</p> <p>23. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acreditan el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deben ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior. [...]"</p> |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Esta sentencia requiere que, el ingreso a la carrera administrativa, con estabilidad laboral, necesariamente se haya realizado por concurso público, excluyendo otros supuestos.

Los resultados se afianzan en Marín (2012), quien señaló que las personas encuestadas de la población de Babahoyo, Ecuador, en su mayoría no estaban de acuerdo con las normas que regían su trabajo porque no les daba seguridad en su puesto laboral. En similar situación problemática que Ecuador, en el Perú, hay instituciones públicas que no cuentan con un área específica para el personal, que identifique, califique y fortalezca su habilidades y destrezas; para anteponerlo a los despidos intempestivos, en los casos frecuentes en que se ha pasado más de un

año en servicios de naturaleza permanente; radicando la importancia de esta área para tratar el tema de los despidos de dichos servidores públicos contratados que se hayan desempeñado con eficiencia, responsabilidad y honestidad, con la finalidad de proporcionar a la repartición estatal, el personal más capacitado y profesional posible para lograr el objeto social de la institución, reteniendo a los buenos trabajadores.

Así también, se afianzan en Maza (2014), Ecuador, quien señaló como hecho vulneratorio a la estabilidad laboral las compras de renuncias, que al plasmarse las compras de renuncias obligatorias, se está contraviniendo el derecho social al trabajo, al separar al servidor público de un momento a otro, privándolo de una fuente de recursos económicos para cubrir sus necesidades y las de su familia, lo cual afecta sus derechos al buen vivir tanto individual como familiar, privándole de los recursos económicos necesarios para llevar una vida digna.

En los casos que se ha aplicado el ya derogado Decreto de Urgencia N° 016- 2020 -durante su vigencia-, identificando una realidad semejante a la del vecino país, en que impera la informalidad en el Sector Público, quedando en desprotección un significativo número de prestadores de servicios, al ser ejecutada la resolución de contrato o no renovación del mismo, repercutiendo esto en el derecho al respeto de su dignidad como persona humana, se ha arribado a similar conclusión, que estas normas son inconstitucionales.

3.8. Explicar los criterios jurisprudenciales respecto al tema de la reposición de los servidores públicos contratados.

A partir de la aplicación del instrumento guía de entrevista, se aprecian las siguientes categorías.

Tabla 3. ¿Cuáles son los criterios jurídicos jurisprudenciales respecto al tema de la reposición de los servidores públicos contratados?

| Entrevistado | Respuesta |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Entrevistado 1 | Procede si acredita más de un año en servicios permanentes; no procede porque debe concursar |
| Entrevistado 2 | La ley 24041 protege a los servidores contratados contra el despido arbitrario, claro está previo cumplimiento de las condiciones establecidas en la misma ley. |
| Entrevistado 3 | Según el TC en el precedente Huatuco Huatuco, el ingreso y permanencia a la Administración pública ante casos de reposición de trabajadores del sector público, el trabajador debe acreditar la existencia de un concurso público respecto de la plaza presupuestada y vacante de duración determinada. |
| Entrevistado 4 | Pueden ser repuestos siempre que cumplan determinados requisitos: labor de naturaleza permanente y período mayor a un año. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el criterio legalmente impuesto relacionado con la necesidad de tratarse de un trabajador con ingreso por concurso público. |
| Teoría resultante | No hay uniformidad, se concede solo cuando se verifique que le son aplicables las reglas del régimen del decreto legislativo 276 y la ley 24041, en supuesto de desnaturalización del contrato. |

Las sentencias emitidas por el TC, de acuerdo con sus atribuciones, en las demandas de amparo interpuestas por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y Fetratel (Exp. 1124-2001-AA/TC) en contra de Telefónica del Perú de fecha 11 de Julio del 2002; Eusebio Llanos Huasco (Exp. 976-2001-AA/TC) en contra de la misma empresa de fecha 13 de marzo del 2003 y César Antonio Baylón Flores (Exp. 206-2005-PA/TC) en contra de E.P.S. Emapa Huacho S.A. de fecha 14 de diciembre del 2005, han establecido importante jurisprudencia. En los dos primeros casos, doctrina jurisprudencial merced a lo previsto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y en el último, precedente vinculante de observancia obligatoria, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

De la doctrina jurisprudencial, que en la mayoría de los casos, al reconocer la situación de desnaturalización de los contratos de trabajo a modalidad, estos se convertían en contratos de trabajo a plazo indeterminado, preponderando la estabilidad de salida; en los casos en los que no se haya especificado con detalle la causa objetiva de contratación.

| Expediente | |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Exp. 3683-2012-AA/TC | “Por tanto, al no haberse especificado con detalle la causa objetiva de contratación, el referido contrato de trabajo ha sido desnaturalizado, por haberse producido el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces, como un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Siendo así, los contratos de trabajo suscritos por las partes con posterioridad carecen de eficacia jurídica pues mediante ellos se pretendió encubrir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado”. |

| | |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Exp. 4598-2008-AA/TC | <p>“Respecto al contrato de trabajo para servicio específico, debe precisarse que esta modalidad contractual es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la naturaleza temporal, ocasional o transitoria del servicio que se va a prestar (..) se deberá especificar en el contrato cuáles son los servicios a prestar por parte del trabajador y bajo qué condiciones deberá realizar dichos servicios; por consiguiente, si esto no fuera así, se habría desnaturalizado el referido contrato de trabajo”.</p> |
| Exp. 1874-2002-AA/TC | <p>“(..) por otro lado, en los contratos no se ha cumplido con consignar las causas determinantes de la contratación, todo lo cual otorga convicción a este Colegiado de que la institución simuló necesidades temporales para suscribir contratos de trabajo sujetos a modalidad, con el fin de evadir las normas laborales que obligaban a una contratación por tiempo indeterminado.</p> <p>El Tribunal ha sido claro y preciso en el sentido de que necesariamente se debe cumplir con las formalidades de los contratos de trabajo bajo modalidad, conforme al artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR”.</p> |

Así también, cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes

| Expediente | |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Exp. 1874-2002-AA/TC | <p>“Cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad. En tal sentido, un</p> |

| | |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | contrato suscrito bajo estos supuestos se debe considerar de duración indeterminada, y a partir de allí, cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral sólo puede sustentarse en una causa justa establecida por ley”. |
| Exp. 4286-2012-AA/TC | “Haber simulado una relación laboral de carácter temporal cuando en realidad era de naturaleza permanente, vulnerando un elemento esencial de la contratación temporal. Es decir, un empleador no puede contratar a una persona mediante dicho contrato para que realice actividades permanentes que estén relacionadas con el giro de la empresa” |

Respecto al personal CAS, el TC en el Exp. 876-2012-AA/TC, precisó: “Trabajador se encontraba sujeto a contrato a plazo indeterminado antes de estar en CAS. Por estimar que en virtud del principio de primacía de la realidad, al momento de su cese el demandante se encontraba sujeto a un contrato de trabajo a plazo indeterminado y no a un contrato administrativo de servicios, y que al actor le alcanzaba la protección contra el despido arbitrario prevista en el artículo 1° de la Ley 24041”.

Es la justicia ordinaria, la que ha planteado los supuestos de la desnaturalización del CAS, en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral.

Otra sentencia que ya hemos analizado es el caso Huatuco Huatuco, que fue aclarada con fecha 7 de julio del 2015, en que el TC precisó: “De ese modo, se reafirma que en los procesos en trámite, si se llega acreditar la desnaturalización del contrato pero no se cumple con el ingreso por concurso público de méritos para una plaza vacante de duración indeterminada, se deberá reconducir el proceso a efectos que la parte demandante solicite indemnización”.

En el Exp. 6681-2013-AA/TC, el TC recoge los lineamientos de la justicia ordinaria, considerando que el Caso Huatuco, se aplica a los trabajadores de la carrera administrativa. Así, sobre la base de lo dispuesto en la STC Exp. 05057-2013-PA sobre la función pública, es evidente para este órgano colegiado que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa.

(...) el bien que busca proteger el «precedente Huatuco» es el de la carrera administrativa. Esto es, pues, lo que justifica que se haga referencia a la necesidad de todo pedido de reposición requiere que el demandante haya accedido previamente a la plaza a través de un concurso público de méritos, requisito que no se exige para todos los funcionarios públicos (cfr. STC 03446-2004-AA, f. j. 3).

(...) Señalado esto, es claro que el ‘precedente Huatuco’ solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública (el énfasis es nuestro).

Actualmente en el sector público, en cuanto a aquellos trabajadores que laboran bajo el régimen laboral privado, ya no se puede presumir que su contrato es a plazo indeterminado, tal como indica el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR. “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”; norma que sigue siendo aplicable al sector privado; ello atendiendo a las propias trabas que pone la entidad para el reconocimiento del vínculo vía administrativa, al igual que el Poder Judicial, pues se advierte que en gran medida los expedientes van al revisor.

Respecto a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad o la desnaturalización de los contratos de locación de servicios, siempre fue materia de pronunciamiento de la Corte Suprema. Desde la aplicación de los CAS, también se ha generado que la misma pueda desnaturalizarse.

| Expediente | |
|-------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Casación Laboral 476-2005, Lima | <p>“Con la prueba actuada se acredita la configuración de un contrato de trabajo y no una locación de servicios.</p> <p>Bajo este marco los órganos de instancia teniendo en cuenta que son elementos que configuran el contrato de trabajo; la remuneración, la prestación personal y la subordinación y privilegiando lo ocurrido en el terreno de los hechos, a partir del mérito de la prueba actuada en el proceso que acredita la configuración de tales elementos arriban a la conclusión que entre las partes existió un contrato de trabajo enervando así en forma absoluta la eficacia de los contratos de locación de servicios a los que alude la accionada y que sirvieron para encubrir bajo el ropaje de naturaleza civil los servicios personales y subordinados que le prestó el demandante bajo una típica relación laboral.”.</p> |
| Casación Laboral 2056-2004, Lima | <p>“no se especificó cuál era el objeto de los mismos, en tal sentido, podemos concluir diciendo que al no existir objeto que justifique la contratación modal para obra determinada o servicio específico, se debe declarar la ineficacia jurídica por existencia de simulación en la modalidad contractual, operando por ello la desnaturalización de los contratos, prevista en el inciso d del artículo 77° del Decreto Supremo N° 003-97-TR”.</p> |

Casos en los que no se aplicaría el caso Huatuco:

| Expediente | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Casación Laboral 12475-2014, Moquegua | a) Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales. |
| Precedente constitucional vinculante 5057-2013-PA/TC Junín | b) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041. |
| Casación Laboral 7252-2015, Ica | c) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS). |
| Precedente Constitucional 5057-2013-PA/TC y la Casación Laboral 11169-2014-La Libertad. | d) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. |
| | e) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú. |
| | f) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú. |

La Casación Laboral 15933-2014, Tacna, sobre desnaturalización de contrato y otro, referida al contrato de suplencia, señaló: “Los contratos de naturaleza accidental por suplencia, se desnaturalizan cuando el trabajador que sustituye a una determinada persona, realiza labores

distintas a las que este habitualmente realizaba, o cuando en las prórrogas del contrato se consigne que se está reemplazando a persona distinta a la establecida en el contrato primigenio”.

Así también, la desnaturalización de los contratos, se desarrolló desde tiempo atrás, con el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2000; posteriormente con el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del año 2016.

La Ley N.º 24041, fue derogada por el DU. 016-2020 publicado el 23 de enero de 2020, que estuvo vigente hasta el 23 de enero de 2021; en este periodo, vía control difuso, los jueces inaplicaban el citado DU, elevando los autos en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente “por inaplicación a los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público”, evidenciándose que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima aprobaba las sentencias de vista, como en la Consulta expediente N° 9788-2020 Lima Norte.

A nivel distrital, emitieron el II Pleno Jurisdiccional Distrital Virtual en materia Laboral y la inaplicación del Decreto de Urgencia 016-2020 de Lima, en los siguientes supuestos:

- a) Prohibición de acumular pretensiones dentro de un mismo proceso.
- b) Prohibición de variar el régimen laboral preexistente a una relación laboral a plazo indeterminado.
- c) Posibilidad de variar en cualquier momento del proceso, con previo comunicado a las partes, la pretensión de reposición a una indemnización por despido arbitrario.

d) Prohibición de la reposición sino cuenta con un mandato expreso publicado en el diario oficial El Peruano”

Estos resultados se afianzan en Calderón (2018), quien señaló que la jurisprudencia Huatuco resultó que la sentencia indicada no combate el fraude a la ley, por parte del Estado, sino que facilita el abuso del derecho, con el despido de los empleados públicos, señalando en su tercera conclusión: La reposición del trabajador es el remedio más efectivo contra el despido arbitrario porque no solo garantiza la protección del derecho constitucional al trabajo, sino que también avala el ejercicio real de otros derechos reconocidos también por nuestra Constitución. (p. 244).

El hecho de vincularse por medio de contratos temporales, que en verdad no tienen ese rasgo de temporalidad, sino que son celebrados para el desempeño de labores de carácter permanente, definitivamente importan desnaturalización, tornándose preocupante que el Estado recurra a la informalidad para contratar, condecor de las normas que en el decurso del tiempo, han beneficiado a la masa trabajadora y que van a dar lugar a declaración de desnaturalización, a nivel judicial; llamando la atención la tendencia en la producción legislativa adversa a estas normas y a la abundante jurisprudencia, que no hace sino avalar la conducta fraudulenta descrita, en perjuicio de diversos derechos de los servidores contratados.

Así también, se sustentan en Izaga (2018), respecto de la población de sentencias expedidas por la Sala Permanente de Piura del 2012 al 2014, de la muestra del 100% en procesos ordinarios laborales del régimen laboral privado regulado por el Decreto Legislativo N°728, sean empleadores particulares o estatales; obtuvo como resultado que del total de los procesos resueltos,

aplicando el principio de primacía de la realidad, el mayor porcentaje corresponde a la conducta de encubrir contratos laborales, a través de contratos civiles, afirmando que el 62% corresponde al Estado (incluye actividad empresarial del Estado), frente a un 30% respecto de empleadores privados, aceptándose la hipótesis específica (p. 129-130).

3.9. Sustentar la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 11. Se tiene debido conocimiento respecto a lo que regula la Ley N°24041, en su artículo primero y su impacto jurídico

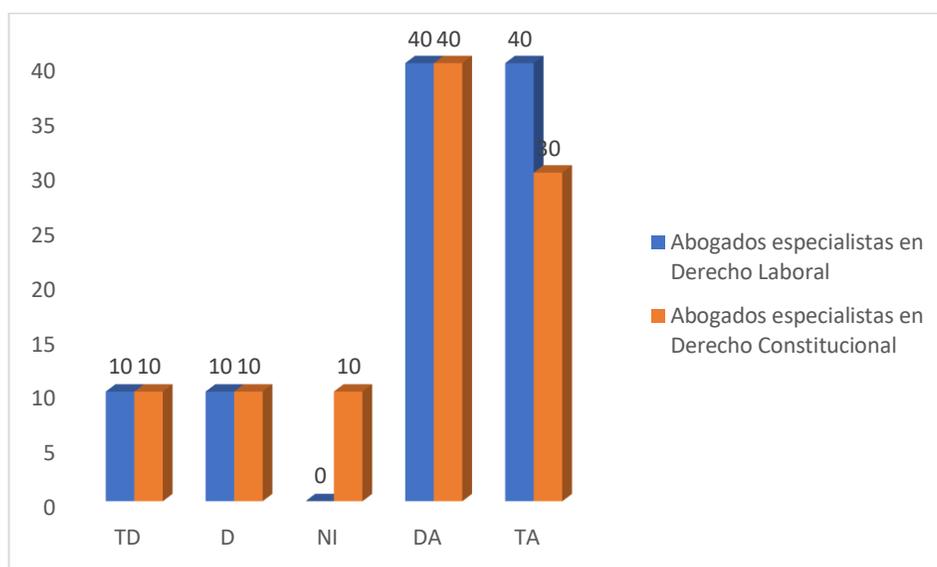
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|--------------------------|-------------------|-------------------|-----------------------------|
| TD | 4 | 10 | 10 |
| D | 4 | 10 | 20 |
| NI | 0 | 0 | 20 |
| DA | 16 | 40 | 60 |
| TA | 16 | 40 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 12. Se tiene debido conocimiento respecto a lo que regula la Ley N°24041, en su artículo primero y su impacto jurídico

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 4 | 10 | 10 |
| D | 4 | 10 | 20 |
| NI | 4 | 10 | 30 |
| DA | 16 | 40 | 70 |
| TA | 12 | 30 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 5. Se tiene debido conocimiento respecto a lo que regula la Ley N°24041, en su artículo primero y su impacto jurídico



Del gráfico 5 se advierte que el 80% de los encuestados en materia laboral, señalan que tienen debido conocimiento respecto a lo que regula la Ley N°24041, en su artículo primero y su impacto jurídico, fortalecido con un 70% de abogados constitucionalistas que afirman un adecuado conocimiento.

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 13. El Estado en la actualidad viene cumpliendo con proteger los derechos constitucionales de los trabajadores

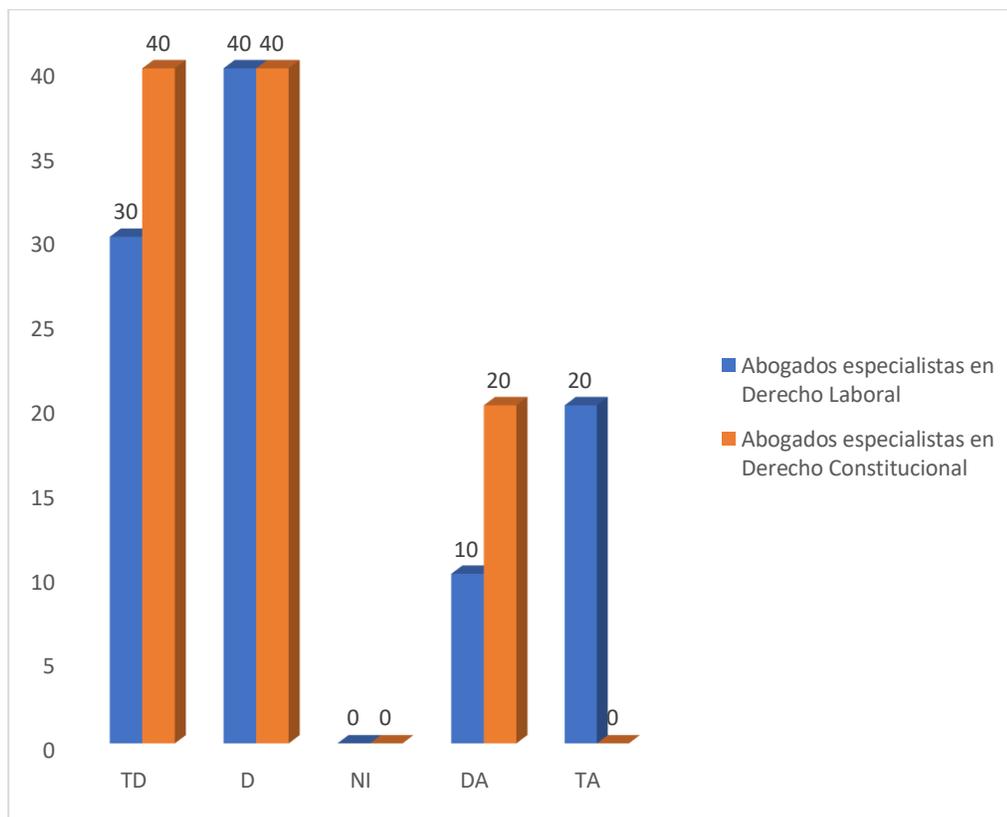
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 12 | 30 | 30 |
| D | 16 | 40 | 70 |
| NI | 0 | 0 | 70 |
| DA | 4 | 10 | 80 |
| TA | 8 | 20 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 14. El Estado en la actualidad viene cumpliendo con proteger los derechos constitucionales de los trabajadores

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 16 | 40 | 40 |
| D | 16 | 40 | 80 |
| NI | 0 | 0 | 80 |
| DA | 8 | 20 | 100 |
| TA | 0 | 0 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 6. El Estado en la actualidad viene cumpliendo con proteger los derechos constitucionales de los trabajadores



Los informantes se muestran en desacuerdo y en total desacuerdo con la protección de los derechos constitucionales de los trabajadores, por parte del Estado peruano, en la actualidad.

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 15. En la actualidad la Constitución Política del Perú, no está protegiendo los derechos fundamentales de los servidores públicos contratados

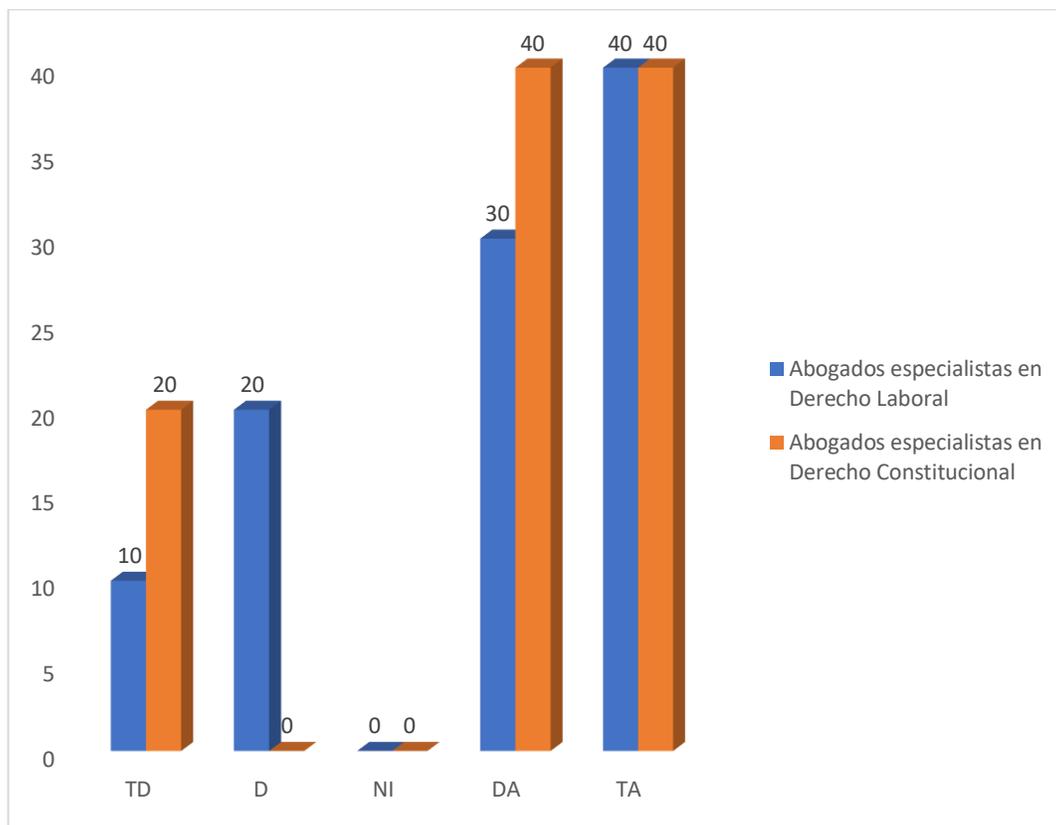
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 4 | 10 | 10 |
| D | 8 | 20 | 30 |
| NI | 0 | 0 | 30 |
| DA | 12 | 30 | 60 |
| TA | 16 | 40 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 16. En la actualidad la Constitución Política del Perú, no está protegiendo los derechos fundamentales de los servidores públicos contratados

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 8 | 20 | 20 |
| D | 0 | 0 | 0 |
| NI | 0 | 0 | 20 |
| DA | 16 | 40 | 60 |
| TA | 16 | 40 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 7. En la actualidad la Constitución Política del Perú, no está protegiendo los derechos fundamentales de los servidores públicos contratados.



Los informantes se muestran de acuerdo y en totalmente de acuerdo con que en la actualidad la Constitución Política del Perú, no está protegiendo los derechos fundamentales de los servidores públicos contratados.

Abogados especialistas en Derecho Laboral

Tabla 17. Se debería de incorporar en la Constitución Política del Perú, taxativamente el derecho a la reposición de un servidor público contratado, que haya laborado ininterrumpidamente por un año para el Estado

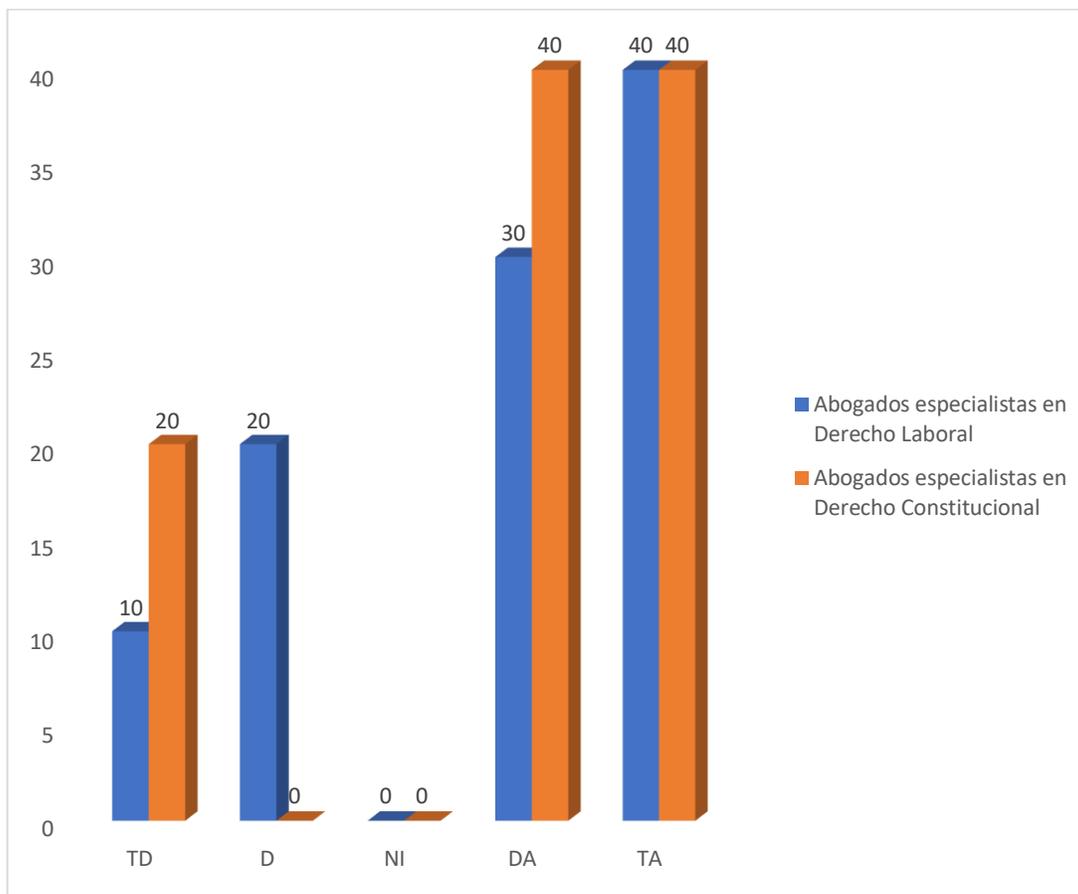
| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 4 | 10 | 10 |
| D | 8 | 20 | 30 |
| NI | 0 | 0 | 30 |
| DA | 12 | 30 | 60 |
| TA | 16 | 40 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Abogados especialistas en Derecho Constitucional

Tabla 18. Se debería de incorporar en la Constitución Política del Perú, taxativamente el derecho a la reposición de un servidor público contratado, que haya laborado ininterrumpidamente por un año para el Estado

| Valor Cualitativo | Frecuencia | Porcentaje | Porcentaje acumulado |
|-------------------|------------|------------|----------------------|
| TD | 0 | 0 | 0 |
| D | 0 | 0 | 0 |
| NI | 0 | 0 | 0 |
| DA | 24 | 60 | 60 |
| TA | 16 | 40 | 100 |
| Total | 40 | 100 | |

Gráfico 8. Se debería de incorporar en la Constitución Política del Perú, taxativamente el derecho a la reposición de un servidor público contratado, que haya laborado ininterrumpidamente por un año para el Estado.



El 70% de los encuestados abogados laboralistas señalan que se encuentran totalmente de acuerdo y de acuerdo en que se debería de incorporar en la Constitución Política del Perú, taxativamente el derecho a la reposición de un servidor público contratado, que haya laborado ininterrumpidamente por un año para el Estado; aunado a un 80% de abogados constitucionalistas que consideran importante elevarlo a rango constitucional.

Tabla 19. ¿Considera Ud. que es necesaria la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado? ¿Porqué?

| Entrevistado | Respuesta |
|---------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Entrevistado 1 | Sí, porque a diferencia de los trabajadores del sector privado, no gozan siquiera de estabilidad relativa y porque es manifiesta la intención involucionista en la producción normativa respecto a estos trabajadores |
| Entrevistado 2 | Considero que es innecesario, dado que tal derecho se encuentra inmerso en el derecho al trabajo. Además la Constitución señala que la ley protege al trabajador contra el despido arbitrario. |
| Entrevistado 3 | Claro que si, porque a través de un postulado constitucional directo se protegería en forma eficaz y eficiente la estabilidad en este tipo de trabajadores y se interpretaría en forma sistemática con el art. 27 de nuestra CPP. |
| Entrevistado 4 | Es un tema muy complejo, considero que si, o al menos existir una norma, que cuando menos determine el marco a ser desarrollado en la ley |
| Teoría resultante | Los entrevistados señalan en 75% que es necesaria su regulación jurídica a nivel constitucional. |

Tabla 4. ¿Qué criterios jurídicos propondría en la contratación de los servidores públicos para obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario?

| Entrevistado | Respuesta |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Entrevistado 1 | Que se respete su derecho al trabajo en su manifestación de conservar el mismo |
| Entrevistado 2 | Meritocracia, el que incluso ya se encuentra establecido, empero debe hacerse cumplir. |
| Entrevistado 3 | Así como la finalidad de la Ley 24041 fue el cautelar el derecho de los servidores contratados bajo el DL 276 para el desarrollo de labores permanentes, a la luz de la incorporación de un nuevo dispositivo constitucional, también deberá existir un criterio análogo para este tipo de trabajadores sin que sea necesario el concurso público |
| Entrevistado 4 | La valoración de la permanencia en el cargo por un periodo determinado. |
| Teoría resultante | Se evidencia que señalan el derecho a la estabilidad laboral, adquirido por un plazo prudencial, lo que ha determinado su permanencia en el cargo y lo hace merecedor a el. Añaden la meritocracia, que ya está prevista. |

Del fichaje, se advierte que según Kelsen (2001) “el Poder Legislativo estaba obligado a mantener la coherencia material del sistema jurídico, para lo cual tenía como único parámetro los derechos contenidos en la Constitución” (p. 22).

Así también, según Arend (2004), es necesaria la constitucionalización de los derechos laborales, “Esta obligación legislativa es anterior a las obligaciones del Poder Judicial sobre revisión judicial de la legislación secundaria. Primero, porque los procedimientos de creación y

producción legislativa corresponden en principio e idealmente a los representantes de la voluntad popular” (p. 210).

A tenor de lo expresado por Ugarte (2008), existe un nuevo punto de unión entre el derecho del trabajo y el derecho constitucional: la constitucionalización de la legislación laboral.

Según López (2003), la necesidad de elevar a nivel constitucional un derecho es por la eficacia normativa de la constitución, la cual alberga las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia vertical), y las relaciones entre particulares (eficacia horizontal). “Queda configurada así, fruto de la impregnación de la Constitución al resto del orden jurídico, la marcha triunfal sin parangón del modelo de derecho del Estado constitucional de derecho, y uno de sus productos más genuinos: el discurso de los derechos fundamentales” (p .443).

El despido del empleado público, necesariamente, requiere motivación del Estado, como empleador; y, esta motivación debe armonizar con la Constitución, al encontrarse ésta, por encima de todo el ordenamiento jurídico, otorgando, el hecho de incorporar en su texto, preceptos relacionados con el tema, seguridad jurídica, vinculado en su cumplimiento y en consecuencia un grado de protección al empleado público en provisionalidad (servidor público contratado), que no signifique distinción respecto del empleado público, por el hecho de no haber superado un concurso de méritos.

En nuestro país, la garantía de protección intermedia al servidor público que ha sido contratado, podría ser identificada como "Estabilidad Laboral Relativa", que si bien sería distinta a la protección brindada al empleado público nombrado por concurso de méritos y como tal, comprendido en la Carrera Administrativa, sin embargo, su derecho estaría tutelado, en la medida

en que la laguna representada por la violación al derecho social del trabajo, se llenaría con una regulación constitucional, que podría incluirse en la Constitución Política del Perú, como artículo 27 "A".

Es así que es necesario que se incorpore el derecho a la reposición laboral de los servidores contratados por el Estado, que tengan vinculación igual o superior a un año, para servicios permanentes, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario, preponderando su derecho a la estabilidad laboral; no debiendo ser exigible que su ingreso al servicio sea por concurso público, ello atendiendo a que si ha permanecido en el puesto, ha adquirido la competencia, atendiendo a que esta se valora en el periodo de 6 meses, lo denominado periodo de prueba.

Estos resultados se afianzan en Cerquera (2018), Colombia, quien refiriéndose a un sector vulnerable de la población, refirió que la Corte no defiende efectivamente su derecho a la estabilidad laboral, concluyendo: “la administración está obligada siempre a motivar el acto de desvinculación, dando a conocer con claridad algunas de las razones que se encuentran comprendidas en la Constitución y la Ley con el fin de que la declaración de insubsistencia no se constituya como un acto ilegal” (p. 109).

PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO

Los resultados obtenidos a través del cuestionario, el fichaje y la revisión documental expuesta, nos permiten concluir como criterio que “Si se incorpora el art. 27-A, en la Constitución señalando que el servidor contratado por el Estado, para servicios permanentes por el mínimo de un año, tiene derecho a la reposición como servidor público contratado, entonces se protegerá efectivamente su derecho al trabajo”, comprobando la hipótesis propuesta. Es así que para que el servidor público contratado por el Estado, obtenga una adecuada protección contra el despido arbitrario (que si está constitucionalizado en el art. 27° de nuestra Carta fundamental), debe tener constitucionalizado su derecho a la reposición, y no solo la indemnización.

Este modelo teórico se afianza en, Beltrán (2013), quien señaló que la mayoría de los contratos se desnaturalizaron pues las labores encomendadas a los servidores son de naturaleza permanente y subordinación directa (esencialmente de contratos laborales); es decir su labor era igual a la labor que desempeñan los trabajadores que ingresaron a trabajar para el Estado mediante concurso público, de acuerdo a lo establecido por la Ley de la Carrera Administrativa, trabajadores que si tenían reconocidos sus derechos, estaban registrados en planillas, percibían el pago de sus beneficios sociales, bonificaciones, tenían la posibilidad de ascender a mejores puestos, entre otros. Esto fue reconocido y reiterado en amplias sentencias, pero recién por el TC, amparado en el Principio de Primacía de la Realidad. Con la normatividad relativa al CAS, se ha limitado el derecho a la reposición, implicando trasgresiones constitucionales y laborales, desconociendo jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional; ante esta situación es clara la necesidad de constitucionalizar el derecho a la reposición laboral.

Así también, se afianza en Castillo (2017), quien señaló como resultado que es inconstitucional, supeditar la reposición como servidor del Estado, al ingreso por concurso público de méritos; pues:

Todos los derechos fundamentales tienen un contenido esencial o constitucional que se caracteriza por ser único y al ser uno solo vincula en su totalidad a todos los poderes públicos, por ser limitado en el sentido que tiene sus propios límites internos que nacen de la naturaleza del propio derecho, por ser ilimitable ya que no puede ser limitado por el legislador, y por ser delimitable ya que en cada caso concreto tendrá que determinarse cuales sus fronteras y alcance razonable con la finalidad de analizar si una pretensión se encuentran dentro de sus alcances constitucionales (p.91).

Se comparte este parecer, y, en específico en cuanto al derecho al trabajo, este tiene doble dimensión, como libertad o dimensión subjetiva y como dimensión prestacional u objetiva, significando esto que se tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo y también asiste el derecho a conservar el mismo. También se conviene en el sustento de que la producción normativa tiene que ir acorde con la realidad, por ello la constitucionalización de la reposición del servidor público contratado se traduce en una efectiva protección al derecho al trabajo de quien ha contratado de buena fe con el Estado.

Actualmente nuestra Constitución pregona:

“Artículo 27°. - La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”

Ante ello, sostenemos la necesidad de la reforma constitucional al art. 27; considerando la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de Proyectos Normativos de las Entidades del Poder Ejecutivo (2018):

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 27-A SOBRE DERECHO DE REPOSICIÓN LABORAL DE SERVIDORES PÚBLICOS

“Artículo Único. Incorporación del artículo 27-A en la Constitución Política del Perú
Incorpórese el artículo 27-A en la Constitución Política del Perú, según el texto siguiente:

Artículo 27-A.

Se reconoce el derecho a la reposición laboral de los servidores contratados por el Estado, que tengan vinculación igual o superior a un año ininterrumpido, para servicios permanentes”.

Los efectos de esta Ley, se encuentra dentro del marco constitucional del país, debiendo ser aprobada en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas; o aprobada una vez y sometida a referéndum; y el efecto de la vigencia de la misma sobre la legislación nacional se realizará de forma inmediata conforme al principio de publicidad, por tal motivo cobrará vigencia al día siguiente de su publicación.

Respecto al análisis costo beneficio. - El beneficio será a nivel social en tanto el favorecimiento de la reposición laboral de los servidores contratados por el Estado, que tengan vinculación igual o superior a un año, para servicios permanentes. A nivel nacional el estado tendrá

un beneficio económico derivado de la disminución de los altos costos que genera la administración de justicia en materia laboral y beneficio económico por la reducción del despido arbitrario, ante ello el Estado dejará de indemnizar a las personas por tal causa, pues al reponerlas, goza del servicio humano prestado a favor de la Nación.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la estabilidad laboral es de rango constitucional. La Constitución Política del Perú de 1993, protege al trabajador frente a cualquier despido arbitrario por parte del empleador, esta no distingue en los tipos de contratación de las personas, la protección que ofrece la Constitución se basa en derechos fundamentales de la persona. La doctrina señala que posee dos expresiones; la estabilidad de entrada y la de salida, que a pesar de que se encuentran al comienzo y al final de la relación laboral tienen un grado de comunicación muy intenso. El Tribunal Constitucional, en el pronunciamiento final del Expediente N° 1124- 2001-AA/TC, reconoce la estabilidad laboral de salida absoluta, lo que permite que el trabajador afectado por un despido arbitrario, en casos establecidos, pueda demandar la reposición u optar por la indemnización. En el caso de la estabilidad de los trabajadores del Estado, se vio normativamente transgredida con la dación del D. U. N.° 016-2020, que recién con fecha 23 de enero de 2021, mediante Ley N° 31115, fue derogado.
2. En el Perú, los criterios jurisprudenciales resultan diversos, atendiendo a las diferentes normas con rango de Ley existentes, las cuales regulaban el acceso de un trabajador al servicio público,

entre ellas tenemos la Ley 24041, que estuvo vigente desde el 28 de diciembre de 1994, en este periodo el criterio jurisprudencial adoptado fue declarar procedentes las demandas si se acredita más de un año en servicios permanentes, y cuando no se haya especificado con detalle la causa objetiva de contratación, y la labor del servicio que prestó sea de naturaleza permanente y/o ordinaria; así mismo cuando no se haya indicado en qué condiciones deberá realizar dichos servicios, el contrato se desnaturalizaba en contrato laboral, así también, se dio el precedente Huatuco, en el cual el ingreso y permanencia a la Administración pública ante casos de reposición de trabajadores del sector público, el trabajador debe acreditar la existencia de un concurso público respecto de la plaza presupuestada y vacante de duración determinada; este precedente se declaró inaplicable en diversa jurisprudencia, vía control difuso, continuando así con una corriente garantista al trabajador.

La Ley N.º 24041, fue derogada por el DU. 016-2020 publicado el 23 de enero de 2020, que estuvo vigente hasta el 23 de enero de 2021; en este periodo, vía control difuso, los jueces inaplicaban el citado DS, elevando los actuados en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente “por inaplicación a los numerales 2 y 3 del inciso 3.1 y los numerales 1 y 3 del inciso 3.3 del artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público”, evidenciándose que se aprobaban las sentencias de vista, como en la Consulta expediente N° 9788-2020 Lima Norte; así mismo a nivel distrital, el II Pleno Jurisdiccional Distrital Virtual en materia Laboral señaló supuestos de la inaplicación del Decreto de Urgencia 016-2020. Cabe precisar que se declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el citado DU.

El Decreto de Urgencia N° 016-2020, fue derogado por la Única Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31115, a partir del 24 de enero de 2021, se encuentra nuevamente vigente la Ley 24041, garantizando mediante norma con rango de ley que los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios no pueden ser cesados ni destituidos, sino por causa justa, y previo debido procedimiento.

3. A partir de esta accidentada fluctuación normativa, ha quedado evidenciado que el derecho a la reposición laboral de los servidores públicos contratados no se ve efectivamente garantizado; ante ello el despido arbitrario se torna una figura de fácil aplicación, considerando la preponderancia del empleador, y la casi nula protección al trabajador, pese a lo tuitivo del Derecho Laboral. Ante ello es necesaria la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado.

4. Es necesario que se incorpore el derecho a la reposición laboral de los servidores contratados por el Estado, que tengan vinculación igual o superior a un año, para servicios permanentes, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario, prevaleciendo su derecho a la estabilidad laboral; no debiendo ser exigible que su ingreso al servicio sea por concurso público, ello atendiendo a que si ha permanecido en el puesto, ha adquirido la competencia, al valorarse esta en el periodo de 6 meses, con el denominado periodo de prueba.

RECOMENDACIONES

1. Que las normas se emitan sin considerar de manera restrictiva los principios constitucionales, como la estabilidad laboral, de rango constitucional, por lo cual la Constitución debe expresar que les asiste a todos los trabajadores, independientemente del empleador al cual preste servicios, para beneficiar a la masa laboral en el Perú.
2. Que la jurisprudencia laboral se forme bajo el criterio de predictibilidad, y estabilidad jurídica, para que el justiciable pueda conocer la forma resolutoria a su pedido, evitando la instauración de procesos, cuando no corresponde.
3. Que se incorpore a nivel constitucional el Derecho a la reposición del servidor público contratado, cuando su contratación es superior a un año ininterrumpido.
4. Se recomienda la remisión de la presente propuesta al Congreso de la República, a fin de que pueda ser sustentada, y aprobada en dos legislaturas, a efectos de salvaguardar el derecho de los servidores públicos contratados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anchay, C. (2019). *La aplicación de la Ley del Servicio Civil y su Incidencia en la vulneración de los derechos laborales en el Sector Salud del distrito de Ayacucho 2018*. [Tesis de doctorado, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/37135>

Arango, L. R. (2012). *El verdadero concepto de servidor público*. *Memorando de Derecho*, 3(3), 171-180.

Arend, L. (2004). *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona, Ariel.

Beltrán, L. P. (2013). *Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el Estado*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/4508>

Blancas, C. (2015). *Derechos Fundamentales Laborales y estabilidad en el trabajo*. 1°ed.
Perú: Palestra-

Blancas, Carlos (2016). *Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo*. 2° ed.aumentada. Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza Pro, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo.

THEMIS Revista De Derecho. Recuperado de

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10846>

Calderón, L. (2018). Precedente vinculante "Caso Huatuco", sentencia que afecta el fortalecimiento de la protección adecuada contra el despido arbitrario en el Sector Público respecto de los servidores comprendidos en el Decreto Legislativo N° 728, vulnerándose el Derecho Constitucional al Trabajo. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque]. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7379>

Castillo, L. (2010). El contenido constitucional de los Derechos Fundamentales como objeto de protección del amparo. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1905>

Castillo, L. (2020). Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Vol. 1 Teoría General de los Derechos Fundamentales. 2° ed. febrero 2020. Perú: ZELA Grupo editorial E.I.R.L.

Castillo, B. (2017). *Validez Constitucional de la aplicación del Decreto Legislativo N° 728 en el Sector Público. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N°05057- 2013-PA/TC.*[Tesis de maestría, Universidad de Piura].<https://hdl.handle.net/11042/3043>

Castillo, L. (2016). ¿Un Tribunal Constitucional que gobierna?*Derecho PUCP*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18699>

Chanamé, R. (2007). *Diccionario de Derecho Constitucional*. 5°ed. Abogados editores. Lima.

Cerquera, Sandra Carolina (2018). *El Principio de estabilidad laboral en Colombia: la tensión entre los derechos sociales laborales vs. Las políticas neoliberales de flexibilización*. [Tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia]. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/62768>

Constitución Política del Perú de 1993. (Promulgada el 29 de diciembre de 1993). (2020). 2° ed. Perú: Jurista Editores.

Ferro Delgado, V. (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP*. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.018>

Garavito, Cecilia. (2010) Vulnerabilidad en el empleo, género y etnicidad en el Perú. *DIALNET* recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4579561>

Izaga, C. (2018). *Las conductas fraudulentas del empleador y el Efecto expansivo del Principio de primacía de la realidad*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/3716>

Kelsen, H (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México.

López, D. (2003). *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis.

López, L. (2017). *El control constitucional en el Perú: ¿un modelo por armas?* Dialnet Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6222555>

Llique Ramírez, R. N., & Beyá González, E. (2016). *La Inestabilidad Laboral en el Perú y sus Impactos en la Psicología desde una Mirada del Psicoanálisis*. Derecho PUCP. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18836>.

Lupa, G.; Puma, A. (2019). *¿La estabilidad laboral significa trabajar para siempre? Perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano*. *Dialnet*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7014389>

Marín, K. A. (2012). *La estabilidad laboral del sector público ecuatoriano y sus consecuencias en el cumplimiento de las indemnizaciones laborales*. [Tesis de grado, Universidad Técnica de Babahoyo]. <http://dspace.utb.edu.ec/handle/49000/1280>

Maza, R. C. (2014). *La compra de renunciaciones obligatorias, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales de los servidores públicos*. [Tesis de grado, Universidad de Loja]. <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/13260>

Mendoza Legoas, L., & Meléndez Trigoso, W. (2020). Tutela frente al despido: premisas jurídicas y ortodoxias narrativas. *Derecho & Sociedad*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21791>

Obregón, T. M. (2016). Estabilidad Laboral No es Sinónimo de Reposición. *Derecho & Sociedad*, (46), 199-206. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18832>

Paredes, J. (2018). *Jurisprudencia Laboral y de la Seguridad Social*. Comentarios, 1° ed., Perú, 2018, Instituto Pacífico S.A.C.

Peces- Barba, G. (2008). *Curso de Derechos Fundamentales*, 1° ed., Madrid, 2008: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

Pérez, Antonio (2018), El nuevo paradigma de los derechos fundamentales en el estado constitucional. En "*Las dimensiones del Estado Constitucional*". 1° ed. México: CIJUS Centro Iberoamericano de Investigaciones jurídicas y sociales. Derecho Global.

Presidente de la República, (23 de enero de 2020). Decreto de Urgencia N°016-2020. Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público. Diario Oficial del Bicentenario El Peruano. SPIJ.

Presidente Constitucional de la República. (27 de junio de 2008). Decreto Legislativo N°1057 Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. Diario Oficial El Peruano. SPIJ.

Presidenta del Congreso de la República (22 de enero de 2021). Ley N°31115 Ley que deroga los artículos 2,3,4,13, la Cuarta Disposición Complementaria Final y la Única Disposición Derogatoria del Decreto de Urgencia 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público. Diario Oficial El Peruano. SPIJ.

Presidente de la República (6 de marzo de 1984). Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Diario Oficial El Peruano. SPIJ.

Presidente Constitucional de la República (24 de marzo de 1984). Decreto Supremo N°005-90PCM, Aprueban el Reglamento de la Carrera Administrativa. Diario Oficial El Peruano.SPIJ.

Presidente Constitucional de la República (27 de diciembre de 1984). Ley N° 24041, Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él. Diario Oficial El Peruano. SPIJ.

R&C Consulting- Escuela de Gobierno y Gestión Pública (22 de octubre de 2017). “¿Cuáles son los regímenes laborales públicos?”. <https://rc-consulting.org/blog/2017/10/regimenes-laborales-publicos/>

Saavedra, L. (2020). *Principio de primacía de la realidad y la desnaturalización de contratos de locación de servicios, EsSalud–2018*. [Tesis de grado, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/56275>

Toro, Jessica Esperanza (2019) *La desnaturalización e ineficacia del contrato laboral de los trabajadores de la administración privada sujetos a modalidad por fraude y simulación*

en la Región San Martín, periodo 2015-2017. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo].

Toyama, J. (2015). *El Derecho individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico- práctico.* 1° ed. Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Toyama, J. (2005). *Instituciones del Derecho Laboral.* 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima.

Tupia, Y. (2018). *La vulneración de la presunción de inocencia por la causal dispuesta en el artículo 2 de la Ley 29194* [tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Repositorio Digital Institucional de la Universidad César Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/35527>

Ugarte, J. L. (2008). La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* Núm. 7, julio-diciembre de 2008, pp. 249-273

Vásquez, P. (2019). *La interpretación del artículo 1° de la Ley N°24041 y lo establecido en la Constitución de 1993 como adecuada protección contra el despido arbitrario.* [Tesis de grado, Universidad Nacional de Piura]. <http://repositorio.unp.edu.pe/handle/UNP/2060>

Velaña-Bayas, B. (2019). *La afectación del Derecho al trabajo de los servidores públicos ocasionado por los contratos ocasionales en el Ecuador. Boletín De Coyuntura*, 0(22), 20-23. Consultado de URL:<http://revista.uta.edu.ec/index.php/bcoyu/article/view/720>.

Villarroel D.N. y Chávez, H. (2019) *Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema en materia previsional, laboral público, privado, administrativo, constitucional y plenos casatorios*. 1° ed. Perú: GRIJLEY.

Villavicencio, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Derecho PUCP*. Recuperado de <http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=14&sid=40c710bd-56f6-4ef2-91f3-fd7ab610fe9b%40sessionmgr104>

Anexo: Matriz de consistencia

| Problema | Objetivos | Hipótesis | Variables | Tipo de Investigación | Población | Técnicas | Métodos de análisis de datos |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|
| ¿Qué criterios deben regularse para el caso del servidor público que es contratado por el Estado, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario? | Determinar que criterios deben regularse para el caso del servidor público que es contratado por el Estado, a fin de obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario | Si se incorpora el art. 27-A, en la Const. señalando que el servidor contratado por el Estado, para servicios permanentes por el mínimo de un año, tiene derecho a la reposición como servidor público contratado, entonces se protegerá su derecho al trabajo | Variable dependiente: Servidor público contratado Variable Independiente: Derecho a la reposición por servicios permanentes por el mínimo de un año. | Tipo: Aplicada Nivel: Explicativa Propositiva | 7 jueces especializados laborales 9370 abogados | Encuesta Entrevista Fichaje Revisión documental | Inductivo-Deductivo |
| | | | | Diseño | Muestra | Instrumentos | |
| | | | | Mixto(Cualitativo – Cuantitativo). | 4 jueces especializados en materia laboral. 40 abogados Constitucionalistas 40 abogados laboralistas | Cuestionario Guía de Entrevista Fichas Análisis documental | |

Anexo: Cuestionario

**CUESTIONARIO SOBRE EL DERECHO A LA REPOSICIÓN DEL
SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO, EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL VS.
EL DESPIDO ARBITRARIO**

INSTRUCCIONES: Lea con atención cada uno de los reactivos y responda cada uno de ellos y escoger una sola respuesta en cada una de las preguntas, marcando en la escala con un aspa (X) elegida de acuerdo con la siguiente escala. (No dejar ningún reactivo sin contestar)

1. Totalmente en desacuerdo (TD)
2. Desacuerdo (D)
3. Ni de acuerdo ni en desacuerdo. (NI)
4. De acuerdo (DA)
5. Totalmente de acuerdo (TA)

| | Item | E S C A L A | | | | |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|---|----|----|----|
| | | TD | D | NI | DA | TA |
| 01 | Se tiene debido conocimiento respecto a lo que regula la Ley N°24041, en su artículo primero y su impacto jurídico. | | | | | |
| 02 | El trabajador contratado por el Estado tiene en la actualidad estabilidad laboral. | | | | | |
| 03 | El denominado “contrato por locación de servicios o servicios no personales” celebrado con el Estado debe ser desnaturalizado en supuestos que lo ameriten. | | | | | |
| 04 | El Estado también contrata a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728. | | | | | |
| 05 | La promulgación del Decreto de Urgencia N° 016-2020, tuvo repercusión respecto a los trabajadores del Estado. | | | | | |
| 06 | El Estado en la actualidad viene cumpliendo con proteger los derechos constitucionales de los trabajadores. | | | | | |
| 07 | Respecto a la jurisprudencia en cuanto a la reposición de trabajadores del sector público contratados, referente a la Ley N° 24041. | | | | | |
| 08 | Se debería de incorporar en la Constitución Política del Perú, taxativamente el derecho a la reposición de un servidor público contratado, que haya laborado ininterrumpidamente por un año para el Estado. | | | | | |
| 09 | En la actualidad la Constitución Política del Perú, no está protegiendo los derechos fundamentales de los servidores públicos contratados. | | | | | |

Anexo: Guía de Entrevista

GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE EL DERECHO A LA REPOSICIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO, EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL VS. EL DESPIDO ARBITRARIO

La presente investigación tiene como objetivo Proponer criterios jurídicos en la contratación de los servidores públicos para obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario.

Los resultados del estudio, serán presentados posteriormente a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, pudiendo Ud. obtenerlos en todo momento.

Consentimiento informado: Por medio del presente, acepto participar de la investigación:

Si acepto

No acepto

1. ¿Cuál es su nombre?
2. ¿En qué Juzgado labora?
3. ¿Qué es la estabilidad laboral según la Legislación y Jurisprudencia Nacional y Extranjera?
4. ¿Cuáles son los criterios jurídicos jurisprudenciales respecto al tema de la reposición de los servidores públicos contratados?
5. ¿Considera Ud. que es necesaria la incorporación a nivel constitucional del Derecho a la reposición del servidor público contratado? ¿Porqué?
6. ¿Qué criterios jurídicos propondría en la contratación de los servidores públicos para obtener una adecuada protección contra el despido arbitrario

Muchas gracias por su gentil apoyo.

Anexo: Validación de instrumento

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES DEL EXPERTO: Rojas Calderón Fernando Manuel
 1.2. GRADO ACADÉMICO Y PROFESIÓN: Mg. en Derecho Constitucional y Gobernabilidad
 1.3. CARGO ACTUAL: Gerente del Estudio Rojas & Asociados.
 1.4. INSTRUMENTO (especificar) A VALIDAR: Cuestionario

II. AUTOR: Bances Guevara Rosa

III. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

| N° | INDICADORES | CRITERIOS | SI | NO | SUGERENCIAS |
|----|-----------------|---------------------------------------------------------------------|----|----|-------------|
| 1 | CLARIDAD | Esta formulado con lenguaje apropiado. | X | | |
| 2 | OBJETIVIDAD | Esta formulado de acuerdo a las hipótesis* u objetivos* planteados. | X | | |
| 3 | ACTUALIDAD | Adecuado al avance de la ciencia y tecnología. | X | | |
| 4 | ORGANIZACIÓN | Existe una organización lógica | X | | |
| 5 | SUFICIENCIA | Comprende los aspectos de cantidad y calidad del instrumento | X | | |
| 6 | INTENCIONALIDAD | Está de acuerdo para validar las variables de las hipótesis. | X | | |
| 7 | CONSISTENCIA | Está basado en fundamentos teóricos y/o científicos. | X | | |
| 8 | COHERENCIA | Existe coherencia entre variables. | X | | |
| 9 | METODOLOGÍA | La estrategia responde al propósito de la hipótesis. | X | | |
| 10 | PERTINENCIA | El instrumento es útil para la presente investigación. | X | | |

*Según sea el enfoque del estudio (cuantitativo, cualitativo o mixto)

Fuente: APROBADO: 90-100% (8-10 PGTAS.) / Si observa el 50% (corrección) / Si es menor al 50% replantear.

II. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

Aplicable

III. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

85%

FECHA: 17/12/2021



Rojas Calderón Fernando Manuel

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

IV. DATOS GENERALES:

- 1.5. APELLIDOS Y NOMBRES DEL EXPERTO: Rojas Calderón Fernando Manuel
 1.6. GRADO ACADÉMICO Y PROFESIÓN: Mg. en Derecho Constitucional y Gobernabilidad
 1.7. CARGO ACTUAL: Gerente del Estudio Rojas & Asociados.
 1.8. INSTRUMENTO (especificar) A VALIDAR: Entrevista
 V. AUTOR: Bances Guevara Rosa
 VI. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

| N° | INDICADORES | CRITERIOS | SI | NO | SUGERENCIAS |
|----|-----------------|---------------------------------------------------------------------|----|----|-------------|
| 1 | CLARIDAD | Esta formulado con lenguaje apropiado. | X | | |
| 2 | OBJETIVIDAD | Esta formulado de acuerdo a las hipótesis* u objetivos* planteados. | X | | |
| 3 | ACTUALIDAD | Adecuado al avance de la ciencia y tecnología. | X | | |
| 4 | ORGANIZACIÓN | Existe una organización lógica | X | | |
| 5 | SUFICIENCIA | Comprende los aspectos de cantidad y calidad del instrumento | X | | |
| 6 | INTENCIONALIDAD | Esta de acuerdo para validar las variables de las hipótesis. | X | | |
| 7 | CONSISTENCIA | Esta basado en fundamentos teóricos y/o científicos. | X | | |
| 8 | COHERENCIA | Existe coherencia entre variables. | X | | |
| 9 | METODOLOGÍA | La estrategia responde al propósito de la hipótesis. | X | | |
| 10 | PERTINENCIA | El instrumento es útil para la presente investigación. | X | | |

*Según sea el enfoque del estudio (cuantitativo, cualitativo o mixto)

Fuente: APROBADO: 90-100% (8-10 PUNTOS) / Si observa el 50% (corregir) / Si es menor al 50% replantear).

IV. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:

Aplicable

V. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

85%

FECHA: 17/12/2021



Rojas Calderón Fernando Manuel

Constancia de originalidad de aprobación de tesis

Yo, Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas, asesora de tesis, revisora del trabajo de investigación de la tesista Rosa Bances Guevara, titulada: "El derecho a la reposición del servidor público contratado, en el Estado Constitucional vs. el despido arbitrario", hago constar que luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 20% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

La suscrita analizó dicho reporte de acuerdo a la Directiva para la evaluación de originalidad de los documentos académicos, de investigación formativa y para la obtención de Grados y Titulos de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo -Guías de uso del Software de reporte de similitud TURNITIN, aprobado mediante Resolución N.º 659-2020-R de fecha 8 de setiembre de 2020, razón por la cual la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo-

Lambayeque, 28 de diciembre de 2022



Dra. Abog. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas
45051606

Informe final de tesis

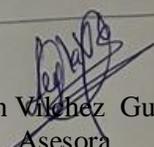
Informe final de tesis

INFORME DE ORIGINALIDAD

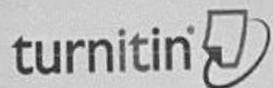
| | | | |
|---------------------|---------------------|---------------|-------------------------|
| 20% | 19% | 2% | 10% |
| INDICE DE SIMILITUD | FUENTES DE INTERNET | PUBLICACIONES | TRABAJOS DEL ESTUDIANTE |

FUENTES PRIMARIAS

| | | |
|----------|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | busquedas.elperuano.pe Fuente de Internet | 3% |
| 2 | repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet | 2% |
| 3 | tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet | 2% |
| 4 | revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 5 | www.tc.gob.pe Fuente de Internet | 1% |
| 6 | actualidadlaboral.com Fuente de Internet | 1% |
| 7 | repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 8 | Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante | 1% |
| 9 | cdn.www.gob.pe Fuente de Internet | 1% |


 Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Roja
 Asesora

Turnitin



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Rosa Bances Guevara
 Título del ejercicio: CAPITULOS I, II Y III AC
 Título de la entrega: Informe final de tesis
 Nombre del archivo: Informe_Final_BANCES_GUEVARA_23.03_formato_para_impri...
 Tamaño del archivo: 406.38K
 Total páginas: 103
 Total de palabras: 23,003
 Total de caracteres: 127,218
 Fecha de entrega: 23-mar.-2023 08:15p. m. (UTC-0500)
 Identificador de la entre... 2044945360

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
 ESCUELA DE POSGRADO
 MAESTRÍA EN DERECHO
 CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD



TESIS

"El derecho a la república del servidor público contratado, en el Estado
 Constitucional vs. el despido arbitrario"

Investigadora:
 Dra. Rosa Bances Guevara

Asesora:
 Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Roja

Lambayeque, 2022

Dra. Leyla Ivon Vilchez Guivar de Roja
 Asesora