

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

CASACIÓN LABORAL N.º 32846-2022-HUÁNUCO
Invalidez de contratos administrativos de servicios y otros
PROCESO ORDINARIO-NLPT

**TEMA: REPOSICIÓN DE TRABAJADOR OBRERO MUNICIPAL
CONTRATADO EN EL RÉGIMEN CAS**

Sumilla. Precedente vinculante

Los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades; en consecuencia, no pueden ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Palabras clave: obrero municipal, contrato administrativo de servicios, reposición.

Lima, diez de noviembre del dos mil veintidós

VISTO en Pleno Casatorio el expediente número treinta y dos mil ochocientos cuarenta y seis, guion dos mil veintidós, guion **Huánuco**; en audiencia pública de la fecha, y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, **Luis Saldaña Rojas**, mediante escrito presentado el ocho de junio de dos mil veintidós, de fojas noventa y tres a ciento cuatro, contra la **sentencia de vista** del catorce de junio de dos mil veintidós, de fojas ochenta y tres a noventa y dos, que **revocó** la **sentencia apelada** del dieciséis de marzo de dos mil veintidós, de fojas sesenta y dos a setenta y uno, que declaró **fundada en parte la demanda**; y la **reforma a infundada**, en el proceso seguido contra la **Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo**, sobre reposición y otros.

II. CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por el demandante se declaró procedente mediante resolución de fecha catorce de junio de dos mil veintitrés, por las causales de:

- i) Infracción normativa del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 27972.**
- ii) Infracción normativa del artículo único de la Ley n.º 30889, Ley que Precisa el Régimen Laboral de los Obreros de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.**

III. RESUMEN DE LOS PRINCIPALES ACTUADOS DEL CASO

- i) Pretensión.** Como se aprecia de la demanda de fecha diez de enero de dos mil veintidós, de fojas veinte a veintiocho, el demandante pretende la reposición en el empleo porque habría sido objeto de un despido incausado. Considera que, dada su condición de obrero, no debió ser contratado a través del contrato administrativo de servicios (CAS), sino en el régimen del Decreto Legislativo n.º 728, conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Además, solicita la inscripción en planillas y el pago de los beneficios sociales, conforme al régimen del Decreto Legislativo n.º 728.
- ii) Contestación de demanda.** La municipalidad demandada argumentó que las labores del demandante no fueron permanentes al existir interrupciones y que no hay impedimento para celebrar contratos administrativos de servicios (CAS) con la demandada. Refiere que no existe un despido incausado, pues el cese ocurrió por vencimiento de contrato.
- iii) Sentencia de primera instancia.** El Juzgado Civil de Aucayacu de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, mediante sentencia de fecha dieciséis de marzo de dos mil veintidós, declaró fundada en parte la demanda, argumentando que, en el caso de los obreros municipales, existe una norma especial, el segundo párrafo del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que establece como régimen laboral del demandante el

previsto en el Decreto Legislativo n.º 728; la entidad demandada no tiene facultades para cambiar o modificar el régimen laboral impuesto por ley; por ello, no podía ser contratado mediante contratos administrativos de servicios, en atención a la Casación Laboral n.º 7945-2014-Cusco.

iv) Sentencia de segunda instancia. La Sala Laboral de la misma Corte Superior emite sentencia de fecha catorce de junio de dos mil veintidós revocando la sentencia apelada y la reforma a infundada. Argumenta que existen posiciones contrapuestas entre la Corte Suprema, Casación Laboral n.º 7945-2014-Cusco, que estableció como doctrina jurisprudencial que los obreros bajo ningún supuesto pueden ser contratados mediante contratos CAS, por interpretación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por otro lado, el Tribunal Constitucional sostiene en el Exp. n.º 3531-2015-PA/TC y STC n.º 3375-2019-PA/TC que la contratación CAS es compatible con la Constitución. El artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades no prohíbe la contratación CAS. La Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) en informe del año 2019 concluyó que pueden contratarse obreros municipales mediante contratos CAS, siempre que las circunstancias o la necesidad de la prestación lo requiera. Resulta factible y legítimo que las municipalidades puedan contratar obreros bajo la modalidad del contrato CAS. Existen interrupciones en la contratación del demandante, por ello, solo analiza el período que va desde el primero de febrero al treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno (once meses), el cual no vulnera la transitoriedad y la validez del contrato CAS al que estuvo sujeto el demandante.

IV. OPINIONES DE LOS *AMICI CURIAE*

El día de la vista de la causa se escucharon las ponencias de los siguientes abogados invitados al Pleno Casatorio:

i) Dr. Francisco Gómez Valdez

Docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ii) Mg. Ana Isabel Pari Morales

Presidenta ejecutiva de la Autoridad Nacional del Servicio Civil

iii) Dr. Orlando Gonzáles Nieves

Docente de la Universidad Nacional de Trujillo

iv) Mg. Carlos Jiménez Silva

Docente de la Universidad de San Martín de Porres

v) Mg. Javier Paitán Martínez

Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú

vi) Mg. Berly Gonzáles Ortega

Docente de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa

V. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

5.1. El caso

El caso de autos es uno de reposición en el que un obrero municipal, contratado a través de un contrato administrativo de servicios, solicita su reposición en el empleo en el régimen del Decreto Legislativo n.º 728.

5.2. Antecedentes

Sobre esta cuestión, esto es, si los obreros municipales pueden ser contratados a través del contrato administrativo de servicios, existen criterios divergentes entre tribunales de segundo grado de diferentes distritos judiciales de la República. Una primera posición se inclina por considerar que los obreros municipales sí pueden ser válidamente contratados a través de un contrato administrativo de servicios, en tanto el Decreto Legislativo n.º 1057 no los excluye expresamente de su ámbito de aplicación. Verbigracia, las sentencias dictadas en los Expedientes n.º 015-2021 de la Corte Superior de Justicia de Huaura y n.º 032-2019 de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. La otra postura asume que los obreros municipales se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057, por lo que el régimen aplicable a estos trabajadores es el del Decreto Legislativo n.º 728, conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. En ese sentido se expresan las sentencias dictadas en los Expedientes n.º 3592-2016 de la Corte Superior de Justicia de Cusco, n.º 1058-2021 de la Corte Superior de Lima Este y n.º 415-2019 de la Corte Superior de Lima Sur.

Sobre esta cuestión la Corte Suprema ha resuelto en un único sentido, esto es, ha considerado que los obreros municipales no pueden ser válidamente contratados a través del contrato administrativo de servicios; sin embargo, las dos salas supremas que tienen competencia para conocer esta tipología de casos han expresado *ratios decidendi* distintas. Así, para la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, los obreros municipales no pueden ser contratados a través del Decreto Legislativo n.º 1057 porque el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades reconoce a este tipo de trabajadores el régimen laboral privado; verbigracia, la Casación Laboral n.º 13854-2016 Lima; mientras que para la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria los obreros municipales no pueden ser contratados a través del CAS porque este régimen especial, atendiendo a su naturaleza y sus fines, se encuentra reservado para los empleados, y los obreros municipales están fuera de su ámbito de aplicación; verbigracia, la Casación Laboral n.º 23708-2022.

5.3. Contexto normativo y jurisprudencial

Adviértase de los antecedentes que una de las normas aparentemente involucradas en la solución del caso es el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades que, con una redacción clara, establece que a los empleados municipales les es aplicable el régimen laboral público, y a los obreros municipales, el régimen laboral de la actividad privada. En tanto no surgen dudas de su enunciado gramatical, el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades no denota ningún problema jurídico que corresponda aclarar y/o dilucidar a este Supremo Tribunal. Sin embargo, es oportuno hacer presente que la técnica legislativa del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades antes citado guarda correlato con nuestro sistema jurídico actual e histórico, en virtud del cual, tratándose de los trabajadores del Estado, en armonía con los artículos 39 al 42 de la Constitución vigente, el régimen general de contratación laboral para los empleados ha sido el régimen público, mientras que para los obreros ha sido el régimen privado, salvo disposición heterónoma expresa en contrario. Es decir, los obreros municipales históricamente han sido excluidos normativamente de los regímenes de

contratación general en el Estado (régimen público), salvo algunas excepciones.

De otro lado, tenemos al Decreto Legislativo n.º 1057, que regula un régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios, cuyo objeto es garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la Administración pública. El problema jurídico que trasunta el referido dispositivo legal es determinar si resulta aplicable a los obreros municipales, habida cuenta de que, como anotábamos en el considerando que precede, salvo disposición legal expresa en contrario, estos han sido históricamente excluidos de los regímenes de contratación laboral en el Estado.

De la literalidad del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 podría interpretarse que los únicos trabajadores excluidos son los de las empresas del Estado y, *a contrario sensu*, los obreros municipales sí estarían incluidos dentro de sus alcances; sin embargo, y esto es importante anotarlo, si bien los trabajadores de las empresas del Estado se encuentran excluidos de las reglas de acceso al empleo público, según el artículo 40 de la Constitución, no son los únicos, pues el legislador, desarrollando precisamente dicha norma constitucional, también ha excluido históricamente a los obreros municipales. Es más, el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes n.º 5057-2013-AA/TC y n.º 6618-2013-AA/TC, interpretando, precisamente, el artículo 40 de la Constitución y el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, ha determinado que el precedente vinculante Huatuco —que desarrolla jurisprudencialmente las reglas de acceso al empleo público— no resulta aplicable ni a los trabajadores de las empresas del Estado ni a los obreros municipales.

De otro lado, el Decreto Legislativo n.º 1057 es un régimen especial exclusivo del Estado, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, y tiene como basamento las mismas reglas de acceso al empleo público desarrolladas por el legislador a partir del artículo 39 de la Constitución. Si bien es indiscutible que el Decreto Legislativo n.º 1057 no regula ni instaura en estricto una carrera administrativa, el propio Tribunal

Constitucional ha señalado en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley n.º 31131 que los trabajadores CAS no tienen derecho a la reposición si no han ingresado por concurso público para una plaza de duración indeterminada (fundamento 116 de la STC n.º 013-2021-PI/TC), es decir, *mutatis mutandis* el Tribunal Constitucional extiende los alcances del precedente Huatuco a los trabajadores CAS porque ha interpretado que no hay tutela restitutoria tampoco para los trabajadores contratados en este régimen especial, salvo que hayan ingresado por concurso público para una plaza de duración indeterminada.

Ello, en principio, no hace sino corroborar que el Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante Huatuco, crea una ficción de carrera administrativa y la extiende a todos los empleados del Estado, a los que les resulta aplicable el precedente Huatuco, aun cuando no se haya instaurado formalmente por ley una carrera administrativa específica. Ello, lógicamente, guarda correlato con la política legislativa de instaurar, vía la Ley n.º 30057, un régimen único de contratación laboral en el Estado, entiéndase, una carrera administrativa aplicable a todos los empleados, salvo supuestos de carreras administrativas especiales que, por su naturaleza particular, justifiquen un tratamiento diferenciado (STC n.º 025-2013-PI/TC). Si ello es así, habiendo señalado el Tribunal Constitucional que las reglas de acceso al empleo público también son aplicables a los trabajadores CAS, reglas de acceso que según el Tribunal Constitucional no son aplicables ni a los trabajadores de las empresas del Estado ni a los obreros municipales, entonces cabe interpretar que el régimen CAS no solo no es aplicable a los trabajadores de las empresas del Estado, sino que tampoco lo es a los obreros municipales.

5.4. Problema jurídico

En suma, el problema jurídico que presenta el caso de autos no es uno de elección de normas o una antinomia entre el Decreto Legislativo n.º 1057 y el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, sino un problema de interpretación respecto al ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057, a efectos de establecer si los obreros municipales pueden ser contratados válidamente en este régimen especial, habida cuenta de que la Sala de mérito aplicó el Decreto Legislativo n.º 1057 para declarar infundada la

demanda, inaplicando así el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Cuestión jurídica que deberá ser dilucidada por este Pleno Casatorio Supremo vía precedente vinculante conforme al artículo 40 de la Ley n.º 29497 y el artículo 400 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria.

VI. CONSIDERANDO

§ 1. Función pública y carrera administrativa en el Perú

1. En principio, debemos anotar que función pública y carrera administrativa son dos instituciones distintas, en tanto han merecido un tratamiento diferenciado en la Constitución. Así, todo aquel que presta servicios al Estado o en una entidad del Estado realiza función pública (artículo 39), empero no necesariamente se encuentra inmerso en una carrera administrativa (artículo 40). Sin embargo, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional en un pronunciamiento que tiene la calidad de precedente vinculante (STC Exp. n.º 5057-2013-AA/TC, caso Huatuco Huatuco), ambos conceptos deben ser interpretados en el sentido más amplio posible.
2. Tratándose de la función pública, el artículo 39 de la Constitución establece:

Artículo 39. Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.
3. Adviértase de la norma constitucional en mención que en tanto se desempeñen funciones en las entidades públicas del Estado, se realiza función pública, lo que incluye a todos los funcionarios y a todos los trabajadores públicos. Esto significa que el acceso a la función pública, en sentido amplio, puede realizarse de dos maneras: (i) la función pública representativa, que no es otra cosa que

aquella formada por funciones de representación política, elegidos mediante el sufragio; y, (ii) la función pública no representativa, que alude a la función pública profesionalizada.

4. Respecto de este último grupo, esto es, la función pública no representativa, el artículo 40 de la Constitución prescribe:

Artículo 40. La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la 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.

5. Adviértase que el artículo 40 de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, delegando al legislador la regulación respecto al ingreso, los derechos, los deberes y las responsabilidades de los servidores del Estado. Esto último es importante porque, tratándose del Estado-empleador, eventualmente por cuestiones de interés general podrían restringirse válidamente ciertos derechos fundamentales que reconoce la Constitución y los tratados internacionales, restricción que para ser validada tiene que aplicarse conforme a las leyes que se emitan para tales fines, tal como predica precisamente el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual:

Artículo 30. Las restricciones permitidas, de acuerdo a esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se

dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

6. En efecto, el Estado, en aras de garantizar la carrera administrativa como bien jurídico constitucional (artículo 40 de la Constitución), *restringe* mediante ley algunos derechos fundamentales vinculados al contrato de trabajo como, por ejemplo, supeditando la estabilidad laboral en la Administración pública al cumplimiento de requisitos y/o presupuestos. Es más, tratándose del Estado-empleador la jurisprudencia constitucional ha interpretado restrictivamente la tutela restitutoria derivada de despidos inconstitucionales en casos de prestaciones de servicios desnaturalizadas, exigiendo respecto de los trabajadores del Estado, sujetos al régimen laboral privado, requisitos adicionales como el concurso público de méritos y la existencia de una plaza presupuesta y vacante. Estas *restricciones*, como desarrollaremos *infra*, se focalizan, según la ley y la jurisprudencia constitucional, en el empleo de la Administración pública, precisamente porque solo estos pueden ser parte de la carrera administrativa.
7. Ahora bien, tal como veremos en las consideraciones siguientes, históricamente, el Estado ha emitido normativas diferenciadas en cuanto a la contratación de obreros y empleados. Así, las disposiciones normativas han considerado a los empleados como servidores inmersos en la carrera administrativa, a los que por regla general les ha sido aplicable el régimen público y, tratándose de los obreros, se los ha excluido de aquella, aplicándoles —como regla general— el régimen laboral privado.

§ 2. Análisis del tratamiento de los obreros en las disposiciones legales que regulan la función pública y la carrera administrativa en el Perú

8. Cabe precisar, antes de abordar el problema de la dicotomía obrero-empleado, tratándose de las relaciones laborales en el Estado, que las primeras disposiciones laborales en el Perú distinguían, incluso en el sector privado, entre obreros y empleados. Así, por ejemplo, la Ley n.º 8439, del 22 de junio de

1936, reconocía en su artículo 1 el derecho de los empleados del sector privado a percibir una indemnización por tiempo de servicios, equivalente a un sueldo por año. En el artículo 3 la referida ley reconocía a favor de los obreros del sector privado el derecho a percibir la indemnización por tiempo de servicios en caso de despido, pero en el equivalente a media remuneración mensual por año de servicios.

9. Tratándose del sector público, mediante la Ley n.º 9555, de fecha 13 de enero de 1942, se hacen extensivos a los obreros que prestan servicios para el Estado los beneficios regulados en el artículo 3 de la Ley n.º 8439. Es decir, los obreros del Estado, por disposición legal, recibían el mismo tratamiento que los obreros del régimen laboral privado, se les excluía así de la regulación de los empleados del Estado.
10. Tratándose de los empleados del Estado —término que distingue a este grupo de los obreros— se emitió el Decreto Ley n.º 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, de fecha 29 de mayo de 1950, que en su artículo 1 establecía:

Artículo 1. De los Empleados Públicos

Considérese Empleado Público a toda persona que desempeñe labores remuneradas en las reparticiones del Estado.

*Los que realicen labores **propias de obreros**, en las dependencias públicas, estarán comprendidos solo en las disposiciones que específicamente se han dictado para estos servidores; a excepción de los de servicio interno que se acogerán a las disposiciones del presente Estatuto.*

11. Es decir, en 1950 el Estado distinguía a sus servidores públicos entre obreros y empleados, y recibían un tratamiento diferenciado en cuanto a su contratación laboral. Esta norma regulaba también la carrera administrativa, de ahí que su objeto o ámbito de aplicación estaba dirigido a los empleados públicos, a quienes exige la aprobación de un concurso público para acceder a aquella, conforme se advierte del artículo 22 del decreto ley en mención. En efecto, el artículo 6 de la referida norma establece que los empleados permanentes están

inmersos en la carrera administrativa, y en el artículo 22 se establece que para ser empleado permanente se requiere —entre otros— de la aprobación de un concurso. Lo que denota que ya en 1950 se ha regulado la institución de la carrera administrativa como sinónimo de servidor público permanente, cuya norma excluía de su ámbito de aplicación a los obreros del Estado.

12. Por su parte, el Decreto Legislativo n.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, de fecha 6 de marzo de 1984, en su artículo 1 define a la carrera administrativa como «el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública». El mismo artículo establece que el objeto de la referida ley es «permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público». Asimismo, el artículo 2, respecto a los no comprendidos en la carrera administrativa, establece:

Artículo 2. No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, **pero sí en las disposiciones de la presente Ley en los que les sea aplicable** [énfasis añadido].

No están comprendidos en la carrera administrativa ni en norma alguna de la presente ley los miembros de las fuerzas armadas y fuerzas policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.

13. Adviértase que el Decreto Legislativo n.º 276 regula la carrera administrativa en el Estado, la misma que resulta aplicable a los servidores públicos, con exclusión de aquellos previstos en su artículo 2. Así, según la norma en mención, no realizan carrera administrativa los servidores públicos contratados, los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza ni los trabajadores de las empresas del Estado. La norma citada hace referencia a «servidores públicos», lo que daría la apariencia de que también incluiría a los

obreros, en tanto estos no han sido expresamente excluidos en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 276; sin embargo, en la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del referido decreto legislativo se establece que «el personal obrero al servicio del Estado se rige por las normas pertinentes».

14. Es importante precisar que el Decreto Legislativo n.º 276 regula la carrera administrativa, pero también el régimen laboral público; ello explica por qué el primer párrafo del artículo 2 excluye a los contratados de la carrera administrativa, pero no del régimen general de los trabajadores del Estado. Sin embargo, tratándose de los obreros, a estos no les son aplicables las normas relativas a la carrera administrativa, tampoco las disposiciones relativas al régimen laboral público, reciben así el mismo tratamiento que los trabajadores de las empresas del Estado, a quienes les aplica el régimen laboral de la actividad privada.

15. Otro dispositivo legal que resulta importante traer a colación es la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, que también es una norma que se focaliza en los empleados del Estado y no en los obreros, por las razones que pasamos a exponer a continuación. Así, en principio, una de las finalidades de la referida ley es «obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas» (artículo I); su ámbito de aplicación viene a ser las relaciones laborales «entre una entidad de la administración pública y un empleado público» (artículo II), es uno de los principios en los que se cimenta el «principio de mérito y capacidad», en virtud del cual «el ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública». De ahí que el artículo 5 de la referida Ley Marco del Empleo Público prescribe:

«Artículo 5. Acceso al empleo público

El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades».

16. Dicha disposición normativa se encuentra dirigida a todo servidor público, aunque en clave de carrera administrativa, por las siguientes razones: **la primera**, porque la referida ley no hace sino desarrollar y/o complementar las disposiciones del Decreto Legislativo n.º 276, que también regula las disposiciones de acceso al empleo público y a la carrera administrativa. **La segunda**, porque constituye una norma de desarrollo, mediante la cual se establecen parámetros objetivos para controlar vía principio de mérito y de igualdad de oportunidades, el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo, así como el régimen de ascensos y promociones, que no es otra cosa que la regulación y/o desarrollo de la carrera administrativa. **La tercera**, porque el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia emitida en el Expediente n.º 008-2005-AI/TC, caso demanda de inconstitucionalidad de la Ley n.º 28175, señaló en el fundamento 45 que la referida ley está dirigida a aquellos servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. La mejor evidencia de ello, inclusive, la encontramos en la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley n.º 28175, cuando establece la obligación por parte del Ejecutivo de remitir al Congreso de la República propuestas legislativas para la Ley de Carrera del Servidor Público y la Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza. En mérito de lo que acabamos de señalar, debemos precisar que si bien la Ley Marco del Empleo Público no excluye expresamente a los obreros municipales, como sí lo hacen el Decreto Ley n.º 11377 y el Decreto Legislativo n.º 276, su *ratio legis*, por las razones expuestas, gira en torno a la carrera administrativa, de la cual están excluidos los obreros.

17. También es importante incorporar al presente análisis la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil, de fecha 3 de julio del 2013, que tiene por objeto:

establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas

personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas (artículo I).

La finalidad de esta ley es que las entidades públicas del Estado «alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran». Entre los principios de la referida Ley del Servicio Civil, al igual que lo regulado en la Ley Marco del Empleo Público, se encuentra el principio de mérito, en virtud del cual «el régimen de servicio civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles».

18. Cabe precisar, por cierto, que en la redacción originaria de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 30057 se excluía a los obreros de los gobiernos regionales y locales de su ámbito de aplicación. Sin embargo, dicha disposición fue declarada inconstitucional por la STC n.º 025-2013-PI/TC, en la que se estableció: (i) que los obreros de los gobiernos locales y regionales no realizan carrera administrativa; (ii) que las leyes que se han ocupado del empleo público (Decreto Ley n.º 11377, Decreto Legislativo n.º 276 y Ley n.º 28175) siempre han establecido exclusiones así como han efectuado distinciones entre aquellos trabajadores que son de carrera y quienes no lo son; y, (iii) los obreros deben encontrarse inmersos en la Ley n.º 30057, aun cuando no realicen carrera administrativa, en la medida que se debe tender a mantener un régimen uniforme para la función pública, sin exclusiones arbitrarias.

§ 3. Las normas regulatorias de la carrera administrativa y del empleo público han tenido como eje regulatorio al empleado y no al obrero

19. De lo señalado precedentemente, podemos concluir que los obreros, desde un inicio, fueron sustraídos de las normas que a través del tiempo se han venido dando sobre carrera administrativa y régimen laboral público, en la medida que las normas que han venido rigiendo las relaciones laborales de los obreros al servicio del Estado siempre fueron —como regla general— las del régimen laboral de la actividad privada. Es decir, es clara la existencia de una tendencia legislativa orientada a sustraer a los obreros del ámbito de aplicación del régimen laboral público y de la carrera administrativa.
20. La referida sustracción de los obreros de la carrera administrativa, a la que nos acabamos de referir, supone interpretar que las normas profesionales de desarrollo sobre el acceso al empleo público y a la función pública tienen por objeto regulatorio la actividad típica del «empleado». Dicho de otro modo, a lo largo del tiempo se aprecia una coincidencia regulatoria entre el concepto «empleado» —entendido en contraposición al concepto de obrero— y las normas dadas para regular la carrera administrativa. Y es que resulta claro, a estas alturas del análisis, que las normas que desarrollan el concepto de carrera administrativa y régimen laboral público no comprenden o incluyen a los obreros, por el contrario, los han excluido de su ámbito de aplicación y les han asignado una regulación diferenciada, correspondiente al régimen laboral de la actividad privada. En suma, en las relaciones laborales del Estado, a la categoría «empleado» le es asignada el régimen laboral público y a la categoría «obrero» le es asignada el régimen laboral privado, salvo algunas excepciones.
21. De lo anterior se infiere también que, en puridad, no es lo mismo régimen laboral público que carrera administrativa. En efecto, hay en el régimen laboral público una suerte de relación de inclusión de género-especie, porque la carrera administrativa forma parte del régimen laboral público. Así resulta del Decreto Ley n.º 11377, ya citado, y también del Decreto Legislativo n.º 276, que comprende dentro de su ámbito de aplicación no solo a los trabajadores insertos en la carrera administrativa, sino también a quienes no lo están, como es el caso de los trabajadores contratados y los servidores de confianza, entre

otros. Recuérdesse que, en el marco de la Ley n.º 24041, hay trabajadores permanentes que se encuentran inmersos en el régimen laboral público, empero que no realizan carrera administrativa.

22. Es necesario, pues, enfatizar que el obrero del Estado siempre —o por lo general— ha recibido un tratamiento normativo diferenciado al del empleado público. En efecto, las normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa han evolucionado sobre la base de la categoría *empleado*, pues es sobre esta categoría de trabajadores que se desarrollan las normas de la carrera administrativa, primero en el Decreto Ley n.º 11377, luego en el Decreto Legislativo n.º 276 y ahora en la Ley n.º 30057. Sin duda ha habido una optimización en la evolución de las normas que regulan el empleo o la función pública, empero en todos los casos estas normas se han concretado o han tenido como centro la categoría «empleado». Es el empleado el destinatario de las normas regulatorias del régimen laboral público en el Perú. Estas normas, conforme se analizó *supra*, no están diseñadas ni pensadas en el obrero sino en el empleado. Como se abundará *infra*, el Decreto Legislativo n.º 1057 forma parte de ese mismo conjunto de normas regulatorias del régimen laboral público, cuyo centro regulatorio es el «empleado» y no el obrero.

§ 4. Régimen laboral de los obreros municipales

23. Los obreros municipales han estado sujetos en el tiempo a reglas del régimen laboral público como a reglas del régimen laboral privado. Tal como anotábamos precedentemente, mediante la Ley n.º 9555, del año 1942, se dispuso que a los obreros del Estado, incluyendo a los que laboraban en las municipalidades provinciales y distritales, les eran extensibles los beneficios regulados a favor de los obreros del sector privado. Así también, el Decreto Ley n.º 11377 y luego la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo n.º 276, excluían a los obreros de la carrera administrativa y del régimen laboral público, régimen que resultaba aplicable

únicamente a los empleados. Es decir, ya desde 1942 a los obreros municipales se les ha reconocido el régimen laboral de la actividad privada.

24. Es cierto que en la derogada Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 23853 (vigente desde el 9 de junio de 1984), se reconoció a los obreros municipales el régimen público, sin embargo, dicha disposición fue modificada por el artículo único de la Ley n.º 27469, que entró en vigencia desde el 2 de junio del 2001, reconociendo a los obreros municipales, nuevamente, el régimen de la actividad privada, en los siguientes términos:

«Artículo único. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen».

25. En esa misma línea, el artículo 37 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (vigente desde el 28 de mayo del 2003 a la fecha), reconoce a los obreros municipales el régimen laboral privado, en los siguientes términos:

Artículo 37. Régimen laboral

Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley.

Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

26. Con el mismo talante, dirigido a reconocer a los obreros municipales el régimen laboral privado, la Ley n.º 30889, Ley que Precisa el Régimen Laboral de los Obreros de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, prescribe:

Artículo único. Régimen laboral de los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales

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

27. Debe quedar claro, por tanto, que históricamente y hasta el tiempo presente, tratándose de los obreros de las municipalidades, el régimen que les ha sido reconocido ha sido el régimen de la actividad privada, a diferencia de los empleados, a quienes también históricamente se les ha reconocido el régimen laboral de derecho público.

§ 5. La dicotomía obrero-empleado adquiere especial relevancia en los gobiernos locales

28. En el régimen laboral de la actividad privada, la dicotomía obrero-empleado no tiene relevancia jurídica alguna, pues ambas clases de trabajadores gozan del mismo esquema de protección jurídica, en tanto los derechos y las obligaciones de fuente legal y constitucional no hacen distinción significativa entre estas dos clases de trabajadores. Es decir, las reglas de contratación, la protección contra el despido, la jornada de trabajo, el derecho al descanso remunerado, la remuneración mínima, entre otros, son idénticos tanto para obreros como para empleados en el régimen laboral privado.

29. Sin embargo, la distinción obrero-empleado sí adquiere relevancia en las relaciones laborales de los gobiernos locales o municipalidades, merced al tratamiento normativo diferenciado que nuestro ordenamiento asigna a empleados y a obreros. Así, tal como hemos anotado *supra*, los obreros no están inmersos en la carrera administrativa, a diferencia de los empleados. En esa tesitura, el artículo 37 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, siguiendo la técnica regulatoria estándar, asigna al obrero municipal el régimen laboral privado, y al empleado, el régimen laboral público.

§ 6. El acceso al empleo público y a la carrera administrativa para los trabajadores de las entidades del Estado sujetos al régimen laboral privado, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional

30. De las normas desarrolladas precedentemente (Decreto Ley n.º 11377, Decreto Legislativo n.º 276, Ley n.º 28175 y Ley n.º 30057), es inconcusa la voluntad del legislador de crear un régimen específico para los funcionarios y los servidores públicos, estableciendo como su objetivo principal el estar al servicio de la nación, y que además exista una carrera administrativa de la cual formen parte, y que el ingreso a esta necesariamente deba efectuarse con criterios meritocráticos. Sin embargo, solo formarán parte de la carrera administrativa los trabajadores que tengan la calidad de empleados, quienes, por la naturaleza de sus funciones, predominantemente intelectuales, pueden ser ubicados por sus calificaciones y méritos; en tanto, para efectuar las funciones asignadas necesitan estar calificados técnica o profesionalmente, para asumir las responsabilidades en la gestión de servicios públicos, propias de la Administración pública, y por ello son susceptibles de ser evaluados con parámetros objetivos. Todo ello con la finalidad de brindar el mejor servicio a la nación.
31. En efecto, si algo tienen en común las normas antes anotadas es que están dirigidas a los empleados y no a los obreros, y al hacerlo asocian la categoría «empleado» con la carrera administrativa, y se establece una automática exclusión de su ámbito de aplicación respecto de los obreros. En esa misma línea, en cuanto a la existencia de un tratamiento jurídico diferenciado entre los obreros y los empleados, respecto a las reglas de acceso en el empleo público, el Tribunal Constitucional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse.
32. Así, el máximo intérprete de la Constitución, al desarrollar un precedente vinculante sobre las reglas de acceso al empleo público, refiere que los trabajadores del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada no pueden ser repuestos con contrato de trabajo a plazo indeterminado si es que no han ingresado por concurso público de méritos, para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada (STC n.º 5057-2013-

PA/TC, fundamento 18). Asimismo, en la STC n.º 6618-2013-AA/TC, delimitando y/o precisando los alcances del referido precedente, el Tribunal Constitucional refiere que el precedente vinculante Huatuco aplica en los casos en los que se pretende la reposición a una plaza que forma parte de la carrera administrativa.

33. En efecto, el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 05057-2013-PA/TC (en adelante precedente Huatuco), seguido por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial, proceso de amparo en el que una trabajadora que pertenece a la categoría «empleado» pretende la reposición en el empleo, señala en el fundamento 9 lo siguiente:

9. [...] el Poder Legislativo ha expedido la Ley n.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5.º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima suficientes y justificadas razones para asumir que el *ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.*

34. La cita que precede es importante, en la medida que corrobora el análisis previo realizado en la presente resolución, en el sentido de que las normas que desarrollan el empleo público y la carrera administrativa en el país, lo que lógicamente incluye a la Ley Marco del Empleo Público, están diseñadas y dirigidas a los empleados del Estado, independientemente de la naturaleza jurídica de su contrato. Ello explica por qué en el precedente vinculante Huatuco, el Tribunal Constitucional, incluso a los trabajadores del Estado sujetos al régimen privado, niega tutela restitutoria si pretenden la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa. Ello también explica por qué el precedente vinculante en mención, según el propio Tribunal Constitucional, no aplica a los obreros municipales, en tanto están excluidos de la carrera administrativa. De esta manera, el Tribunal Constitucional asocia la

categoría empleado público a la carrera administrativa, como bien jurídico constitucional, independientemente del régimen laboral aplicable.

35. Es decir, jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional diferencia la categoría de obreros y empleados, al señalar que a la categoría obreros municipales —para efectos de la reposición (tutela restitutoria)— no le son aplicables las reglas de acceso que jurisprudencialmente se establecieron para los empleados del Estado sujetos al régimen laboral privado, en tanto no forman parte de la carrera administrativa.
36. Queda claro de las sentencias constitucionales precedentes que el Tribunal Constitucional ha extendido a los trabajadores del Estado con la condición laboral de empleados sujetos al régimen laboral privado las mismas exigencias existentes en nuestro ordenamiento jurídico laboral para los empleados del Estado sujetos al régimen laboral público; dicho de otro modo, sin importar el régimen laboral, los trabajadores de las entidades del Estado con calidad de empleados se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 40 de la Constitución y del artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, por ende, del precedente vinculante Huatuco.
37. De lo anterior se desprende que el precedente vinculante Huatuco, cuando interpreta los alcances del artículo 40 de la Constitución, amplía o extiende el concepto carrera administrativa del régimen laboral público a los empleados del Estado sometidos por mandato de ley al régimen laboral privado. En efecto, el concepto «carrera administrativa» está vinculado a la categoría «empleado permanente», y así lo entiende también el Tribunal Constitucional cuando enlaza el concepto carrera administrativa también a los trabajadores empleados del Estado sujetos al régimen laboral privado, lo cual obviamente excluye a los obreros municipales, quienes no forman parte de la carrera administrativa.
38. Es cierto que, como hemos anotado *supra*, por lo general los empleados han sido históricamente vinculados al régimen laboral público, sin embargo, desde la década de los noventa se han emitido una serie de normas legales que asignaban a los empleados de ciertas entidades del Estado el régimen laboral

de la actividad privada. Ello explica por qué el precedente vinculante Huatuco, cuyo objeto es preservar la carrera administrativa como bien jurídico constitucional, tiene como ámbito subjetivo de aplicación a los trabajadores empleados del Estado sujetos al régimen laboral privado. En efecto, en la STC n.º 06681-2013-PA/TC, caso Cruz Llamos, antes citado, el Tribunal Constitucional refiere:

5. Estando de acuerdo con lo anterior, este Tribunal estima necesario distinguir más claramente entre función pública y carrera administrativa, en atención precisamente a lo dispuesto en el «precedente Huatuco». Así, sobre la base de lo dispuesto en la STC Exp. n.º 5057-2013-PA sobre la función pública, es claro para este órgano colegiado que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando **carrera administrativa**, y que solo a este último grupo de personas, los que vienen efectuando **carrera administrativa**, es que corresponde aplicar las reglas del «precedente Huatuco», referidas al pedido de reposición.

[...]

10. [...] como se sabe, el «precedente Huatuco» promueve que el acceso, la permanencia y el ascenso a dicha plaza atiendan a criterios meritocráticos. Al respecto, es claro que no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones, ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la **carrera administrativa**.

[...]

15. [...] el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, 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**.

16. En consecuencia, y al no ser aplicable el «precedente Huatuco», este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente

controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario¹.

39. Queda claro, por tanto, que a partir de la dicotomía obrero-empleado, el Tribunal Constitucional construye jurisprudencialmente un tratamiento diferenciado respecto a las reglas de acceso al empleo público, pues al desarrollar los presupuestos para acceder a la tutela restitutoria de los trabajadores de las entidades del Estado sujetos al régimen laboral privado, trata diferenciadamente a los obreros y los empleados, pues a los primeros —más específicamente a los obreros municipales— los excluye de su ámbito de aplicación y a los empleados, por el contrario, los incluye, aplicándoles la *ratio decidendi* general del precedente Huatuco, según la cual se busca preservar la carrera administrativa como bien jurídico constitucional, a la cual se encuentra asociada exclusivamente la categoría de trabajadores empleados, mas no así la categoría de trabajadores obreros del Estado.

§ 7. La diferenciación entre obreros y empleados en la jurisprudencia constitucional concuerda plenamente con nuestro marco normativo

40. Según el análisis que antecede, podemos concluir que, tratándose de los obreros municipales, es el propio sistema jurídico laboral el que históricamente ha excluido a esta categoría de la carrera administrativa.

41. El artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que asigna a los obreros municipales el régimen privado y a los empleados el régimen público, en puridad, no hace sino reiterar el mismo estándar regulatorio preexistente, según el cual tratándose de los obreros no les son aplicables las reglas de contratación del régimen público ni de carrera administrativa. Y es que el

¹ Adviértase, a partir de los fundamentos 10, 15 y 16 del caso «Cruz Llamas», que el Tribunal Constitucional ha procedido a delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del precedente vinculante Huatuco, pues a partir de la expedición de dicho pronunciamiento —que tiene la calidad de doctrina jurisprudencial vinculante— los obreros de las entidades públicas, cuya contratación se encuentra desnaturalizada en el régimen laboral de la actividad privada, tienen derecho a la reposición, a pesar de no haber ingresado por concurso público a una plaza vacante, presupuesta y de duración indeterminada.

Decreto Legislativo n.º 276, que constituye la norma general de contratación laboral en el Estado, excluye a los obreros no solo de la carrera administrativa, sino también de las disposiciones que regulan el régimen laboral público en el país, por lo que, aun en ausencia del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, el régimen laboral aplicable a los obreros municipales seguiría siendo el régimen privado. Lo mismo aplica respecto a los empleados municipales, pues aún sin el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, el régimen aplicable a este grupo de trabajadores seguiría siendo el régimen laboral público.

42. Es necesario precisar también que cuando recurrimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es por dos razones, sustancialmente, la primera, porque el problema jurídico a dilucidar en el presente Pleno Casatorio tiene un fuerte componente constitucional, en la medida que hay una estrecha relación entre las reglas de acceso a la carrera administrativa y la tutela restitutoria frente al despido en la jurisprudencia constitucional. Ello por cuanto el referido Tribunal ha establecido que las restricciones de acceso al empleo público previstas en el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público resultan aplicables a los empleados del Estado sujetos al régimen privado, quienes no podrán ser repuestos si no ingresaron por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Regla que solo resulta aplicable a los trabajadores que pretendan la reposición en un cargo que forme parte de la carrera administrativa.

43. La segunda razón por la que recurrimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es porque ya ha quedado claro que una de las variables que presenta el problema jurídico a dilucidar en este Pleno Casatorio tiene que ver precisamente con los obreros municipales. En efecto, como hemos advertido al hacer referencia a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los obreros municipales, por la naturaleza de su labor, no forman parte de la carrera administrativa, por lo que, también jurisprudencialmente, han recibido un tratamiento diferenciado respecto al de los empleados del Estado.

44. Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha establecido sustanciales diferencias entre obreros y empleados, respecto a las reglas de acceso al empleo público, pues en el pronunciamiento Cruz Llamos, antes citado, se expresa que el régimen de carrera está hecho y diseñado para el empleado, en clave de carrera administrativa (fundamento 9 de la sentencia emitida en el Expediente n.º 6681-2013-PA/TC).
45. El valor de esta doctrina jurisprudencial constitucional se encuentra en que resuelve el problema del ámbito subjetivo de aplicación de las normas de la Administración pública sobre la carrera administrativa, y lo delimita en función de la categoría empleado, al establecer que, del referido plexo normativo relativo a la carrera administrativa, quedan excluidos los obreros municipales (fundamentos 11, 13 y 15 de la sentencia n.º 6681-2013-PA/TC Cruz Llamos).
46. Cabe precisar que cuando el Tribunal Constitucional, en el caso Cruz Llamos, aborda el problema dicotómico entre obrero y empleado en la legislación laboral aplicable en la Administración pública, en puridad, no está creando nada nuevo al establecer la exclusión de los obreros a la carrera administrativa y, por ende, la no exigencia a ellos de las mismas reglas de acceso establecidas para los empleados, pues así está establecido ya en nuestro marco normativo objetivo, analizado *supra*². Y es que el referido Tribunal, al pronunciarse en el caso Cruz Llamos, se ha limitado a constatar y observar el marco normativo del régimen general de acceso al empleo público, que está consagrado en toda la normativa desarrollada en los fundamentos 9 al 18 de esta sentencia. Cuestiones estas que deben sin duda tenerse en cuenta al momento de interpretar las normas que regulan los alcances y el ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057, que constituye otra de las variables del problema jurídico a dilucidar por este Pleno Casatorio.

§ 8. Sobre el contrato administrativo de servicios

² Ver fundamentos del 7 al 17.

47. El contrato administrativo de servicios es un régimen especial de contratación laboral en la Administración pública, al que no le son aplicables las disposiciones de los regímenes de contratación laboral establecidas en los Decretos Legislativos n.º 276 y n.º 728, ni las disposiciones de las carreras administrativas especiales, tal como establece el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1057. Este artículo también establece que el contrato administrativo de servicios se rige por sus propias normas especiales y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones inherentes a este régimen especial.
48. Este régimen laboral especial, por tanto, coexiste con los otros dos regímenes laborales generales que regulan el empleo público en el Perú (Decreto Legislativo n.º 276 y Decreto Legislativo n.º 728). Su origen se remonta a la política de Estado, mediante la cual se buscaba la erradicación y/o reducción de la informalidad laboral en la Administración pública, agravada en los años noventa cuando, a través de las leyes de presupuesto, se permitía implícitamente la contratación de personal subordinado en las entidades del Estado, mediante contratos de servicios no personales (SNP) o contratos de locación de servicios, y se prohibió a la par la contratación de personal asalariado, los ascensos, las mejoras remunerativas, entre otros³. Con la implementación del CAS, el Estado buscaba instaurar un régimen laboral especial para la contratación de este personal subordinado pero precarizado, reconociendo los derechos laborales mínimos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, aunque desconociendo parcialmente los beneficios laborales de origen legal previstos en el Decreto Legislativo n.º 276 y el Decreto Legislativo n.º 728, tales como las gratificaciones semestrales, la compensación por tiempo de servicios, entre otros⁴.
49. Atendiendo al problema jurídico a dilucidar por este Pleno Casatorio, habida cuenta de que forma precedente hemos concluido que los obreros municipales no realizan carrera administrativa y su régimen laboral ha sido históricamente el

³ NEVES MUJICA, Javier (2010). *Derecho del trabajo: cuestiones controversiales*. Lima: Ara Editores, pp. 125-126.

⁴ *Op. cit.*, pp. 130-131.

de la actividad privada, salvo durante la vigencia de la Ley n.º 23853, corresponde determinar si los obreros municipales se encuentran o no dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057.

50. Al respecto, sobre el ámbito subjetivo de aplicación del contrato administrativo de servicios, el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 prescribe:

El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo n.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; **asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada**, con excepción de las empresas del Estado.

51. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Supremo n.º 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1057, al determinar el ámbito de aplicación del régimen de la contratación administrativa de servicios establece:

El ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057 y de este reglamento comprende a todas las entidades de la administración pública, entendiendo por ellas al Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos, de acuerdo a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; al Congreso de la República; al Poder Judicial; a los organismos constitucionalmente autónomos, a **los gobiernos regionales y locales** y las universidades públicas [...]

52. Una primera aproximación gramatical a las disposiciones normativas antes citadas nos llevaría a asumir que las municipalidades, con régimen laboral dual (público y privado), sí podrían contratar a sus trabajadores mediante el Decreto Legislativo n.º 1057, pues la citada norma también comprende dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las entidades públicas cuyo régimen laboral es

el privado, con la sola exclusión de los trabajadores de las empresas del Estado. Es decir, una interpretación literal de la norma citada podría llevarnos a la conclusión de que, en tanto los trabajadores obreros municipales no se encuentran expresamente excluidos del ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057, entonces sí podrían ser válidamente contratados bajo dicho régimen especial.

53. Sin embargo, al realizar una lectura integral y conjunta de la norma que regula el contrato administrativo de servicios, en armonía con el plexo normativo integral que regula el acceso a la función pública en el Perú y de la clara postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal Constitucional sobre el ingreso de los trabajadores a la Administración pública (artículos 39 y 40 de la Constitución), desarrollada entre los fundamentos 9 al 18 y 30 al 39 de esta sentencia, este Pleno Casatorio interpreta que el referido régimen laboral especial de contratación CAS, tratándose de las municipalidades, solo aplica a los empleados municipales mas no así a los obreros de las entidades ediles. En efecto, una interpretación teleológica o finalista del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057, a la luz de la interpretación sistemática e histórica de las normas objetivas que regulan el empleo público en el Perú, según lo desarrollado entre los considerandos 9 al 18 de esta sentencia, nos lleva a una conclusión distinta a la obtenida vía interpretación gramatical o literal, en la medida que, atendiendo a las normas que desarrolla el Decreto Legislativo n.º 1057 (*ratio legis*), al igual que las normas objetivas que desarrollan y desarrollaron el empleo público en el Perú (interpretación sistemática e histórica), el régimen especial del contrato administrativo de servicios excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a los obreros municipales.

54. En efecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1057 establece que «La presente norma regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública». Es decir, este régimen especial laboral de derecho público, al igual que el Decreto Ley n.º 11377, el Decreto Legislativo n.º 276 y la Ley n.º 28175, se funda en los principios de mérito y capacidad, así como en el principio de profesionalismo en

la Administración pública. Esto es, la técnica legislativa empleada en el Decreto Legislativo n.º 1057 es la misma que cimenta las bases de las normas que regularon el empleo público en el Perú, cuyo eje central giró en torno a la categoría de trabajadores empleados, conforme a lo desarrollado a lo largo de la presente resolución.

55. Así las cosas, cuando el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 establece que el contrato administrativo de servicios también se aplica en las entidades del Estado en las que rige el régimen privado, en puridad, se refiere a los empleados que laboran en instituciones en las que por ley expresa se ha habilitado el régimen privado. Es decir, la interpretación correcta del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057, aplicado a los regímenes laborales de las municipalidades, es que el CAS sí puede ser válidamente celebrado, pero únicamente para la contratación de empleados municipales, mas no para los obreros municipales, en tanto estos últimos no están afectos a las reglas de la carrera administrativa. Por tanto, en las entidades municipales solo los trabajadores que tengan la calidad de empleados pueden ser contratados con CAS, lo que es igual a afirmar que es inválida la contratación mediante CAS de los obreros municipales.

56. En esa misma línea de razonamiento, y partiendo de la premisa justificada precedentemente, según la cual el régimen CAS solo es aplicable a los trabajadores del Estado con calidad de empleados, cuando el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 prescribe que el régimen CAS puede ser válidamente celebrado en las entidades del Estado en las que rige el régimen privado, se refiere a aquellas reparticiones públicas en las que existe norma habilitante para contratar a los empleados bajo el régimen laboral privado, como es el caso, sin ser exhaustivos, del Poder Judicial (Ley n.º 26586), Ministerio Público, Sunat (Decreto Legislativo n.º 673), Sunarp (Ley n.º 26366), Sunafil (Ley n.º 29981), Tribunal Constitucional (Ley n.º 28301), Reniec (Ley n.º 26497), Congreso de la República (Ley n.º 30647), Autoridad Nacional del Agua, Contraloría General de la República (Ley n.º 27785), Sutran (Ley n.º 29380), Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley n.º 29325), Ositran (Ley n.º 26917), Indecopi (Decreto Legislativo n.º 1033), Beneficencia

Pública (Decreto Legislativo n.º 1411), Instituto Peruano del Deporte (Ley n.º 28036), Senasa (Ley n.º 25902), Instituto del Mar del Perú (Decreto Legislativo n.º 95), Senamhi (Ley n.º 27188), Instituto Peruano de Energía Nuclear (Decreto Ley n.º 21875), Osinergmin (Ley n.º 26734), Osiptel (Decreto Legislativo n.º 702), Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Ley n.º 27332), Cofopri (Decreto Legislativo n.º 803), entre otros. Esto es así porque, en contraposición a lo aquí señalado, es pacífico también que el CAS puede ser válidamente celebrado en las entidades del Estado en las que rige el régimen laboral público, en las cuales, como se ha abundado *supra*, también en su totalidad se trata de trabajadores pertenecientes a la categoría de empleados. En esta línea de razonamiento, cuando el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 se refiere a «las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada» no alude a las entidades municipales, en las cuales, señaladamente, los obreros están adscritos al régimen laboral de la actividad privada, sino a las entidades públicas en las que, mediante norma autoritativa expresa, sus trabajadores con calidad de empleados están adscritos al régimen laboral privado.

57. En esa coyuntura, cuando el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades habilita el régimen privado en los gobiernos locales o municipales, exclusivamente para los obreros, tal habilitación descarta la aplicación del régimen CAS del Decreto Legislativo n.º 1057 a los obreros municipales, en tanto y en cuanto hemos dejado establecido que el contrato CAS del referido Decreto Legislativo n.º 1057 tiene como ámbito subjetivo de aplicación únicamente a los trabajadores del Estado con calidad de empleados, sea que pertenezcan al régimen público o al régimen privado. Dicho de otro modo, el ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057 alcanza exclusivamente a los empleados, sea con contrato de derecho público o de derecho privado; por tanto, es erróneo aplicar el Decreto Legislativo n.º 1057 a los obreros municipales por la sola referencia de que el artículo 2 del mencionado dispositivo legal hace al régimen laboral privado.

58. En suma, el Decreto Legislativo n.º 1057 es un producto legislativo más del Estado-empedor con el objeto o la finalidad de regular o implementar un régimen laboral público especial⁵ para empleados del Estado, ya sea con contrato laboral de derecho público o empleados de entidades públicas en las que existe norma autoritativa expresa para su contratación conforme a las reglas del régimen laboral de la actividad privada. Y es que, si bien como hemos anotado previamente, la regla general de contratación en el Estado de la categoría *empleado* es el régimen laboral público (Decreto Legislativo n.º 276), cierto es también que, desde la década de los noventa, esta situación ha cambiado parcialmente, cuando el Estado, por razones de política legislativa, empieza a autorizar vía norma legal expresa la utilización del régimen laboral privado para la contratación de empleados y no solo de obreros en el Estado, y se altera así el esquema estándar de contratación laboral en el Estado (según lo desarrollado *supra*, en los considerandos 38, 55 y 56), esquema según el cual el régimen laboral público es asignado, por defecto, al empleado, y el régimen laboral privado, al obrero. Esta alteración del esquema de contratación tradicional ha dado lugar a que actualmente existan trabajadores del Estado con la calidad de empleados sujetos al régimen laboral público y trabajadores del Estado con calidad de empleados sujetos al régimen laboral privado; se entiende en este último caso, por existir una norma habilitante expresa. Empero, ello no significa que los obreros municipales, por el solo hecho de también pertenecer al régimen privado, puedan ser válidamente contratados con CAS, pues este es un régimen laboral especial del Estado exclusivo para empleados. Por tanto, asistimos a una alteración del esquema tradicional de contratación laboral en el Estado, pues la rígida dicotomía de antes de los noventa, de empleados (régimen público) y obreros (régimen privado), se ha relativizado con la permisión legal de contratar empleados mediante el régimen laboral privado. A esta clase de trabajadores se refiere el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 cuando señala que es aplicable «a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada».

⁵ Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC n.º 002-2010-PI/TC.

59. Otra de las razones que coadyuva a la tesis asumida por este Pleno Casatorio, según el cual los obreros municipales no se encuentran dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057, está constituida por el hecho de que este régimen especial establece reglas de acceso al empleo público en armonía con la Ley Marco del Empleo Público, que como hemos desarrollado precedentemente en los fundamentos 15 y 16 de esta sentencia, dicha ley marco se encuentra focalizada en los empleados. Así, el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1057, establece que «Al trabajador sujeto a contrato administrativo de servicios le son aplicables, en lo que resulte pertinente, la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público [...]». En virtud de ello, que la Ley Marco del Empleo Público aplique también al Decreto Legislativo n.º 1057 no hace sino evidenciar que este régimen especial ha sido creado para la contratación de empleados en las entidades del Estado, de ahí que tenga como basamento el principio de mérito y el de profesionalismo de la Administración pública (artículo 1), principios básicos que inspiran las normas de contratación de empleados en la Administración pública.

60. La *Constitución laboral*, por su parte, también conforma una variable importante al momento de determinar el ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057. Y es que si bien es indiscutible que tanto a los trabajadores del régimen laboral público como a los del régimen laboral privado les son aplicables los derechos fundamentales que la Constitución reconoce al trabajador, entendiéndose derechos específicos como inespecíficos, cierto es también que, tratándose de los trabajadores de la Administración pública, en virtud de las disposiciones de los artículos 39 al 42 de la Constitución, el legislador ha regulado vía productos normativos focalizados en el empleo público algunas restricciones respecto a, por ejemplo, la estabilidad laboral, supeditándola a dos supuestos, el primero, el ingreso a la carrera administrativa y, el segundo, a través de los supuestos de la Ley n.º 24041. Restricciones que, como hemos anotado precedentemente, excluyen a los obreros municipales de su ámbito de aplicación.

61. Esto es importante porque el Decreto Legislativo n.º 1057, como producto normativo que regula el empleo público en el Perú, tiene el mismo ADN que sus normas equivalentes (Decreto Ley n.º 11377, Decreto Legislativo n.º 276 y Ley n.º 28175), en el sentido de que también restringe el derecho al trabajo en su vertiente a la estabilidad de salida cuando, en la redacción originaria del artículo 5 permitía la contratación temporal con renovaciones, sin una limitación temporal específica. Con ello no estamos afirmando en lo absoluto que el artículo 5 del decreto legislativo en mención sea inconstitucional, sino por el contrario, queremos evidenciar que por cuestiones de interés general —como en efecto lo es el empleo público y la consecución efectiva de los objetivos de la Administración pública— es absolutamente legítimo que el Estado, vía norma con rango de ley, restrinja ciertos derechos fundamentales a través de leyes especiales, siempre que se justifique en la naturaleza de las cosas, lo cual tiene pleno sustento no solo en el artículo 103 de la Constitución, sino también en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, antes citado⁶.

62. Sin embargo, el carácter temporal de la contratación en el régimen CAS solo se compatibiliza con la Constitución, cuando se aplica a los empleados de las municipalidades, en el sentido de que dichos empleados —a diferencia de los obreros municipales— solo adquieren estabilidad laboral accediendo a una carrera administrativa o bajo los supuestos de la Ley n.º 24041. Visto así, la habilitación legal vía Decreto Legislativo n.º 1057 para contratar temporalmente trabajadores con la categoría de «empleados» es constitucionalmente válida⁷.

63. Los problemas se presentan, sin embargo, cuando se pretende aplicar este régimen especial CAS a los obreros municipales, quienes no tienen posibilidad de acceso a una carrera administrativa y, señaladamente, han recibido un tratamiento normativo diferenciado respecto de los empleados, con relación a las reglas de acceso al empleo público. En efecto, la *Constitución laboral* garantiza el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial implica no solo el derecho a acceder al empleo, sino también a no ser despedido sino por causa

⁶ Fundamentos 5 y 6 de esta sentencia.

⁷ Ratificada por el Tribunal Constitucional en la STC n.º 002-2010-PI/TC.

justa (STC n.º 1124-2001-AA/TC, fundamento 12), lo que significa que los trabajadores no pueden ser indefinidamente contratados de manera temporal. Y, si bien es cierto, por una cuestión de interés general, tratándose de los trabajadores del Estado se ha restringido tal derecho condicionándolo al ingreso a la carrera administrativa o a los supuestos de la Ley n.º 24041, estas restricciones solo aplican respecto de los empleados, quienes sí se encuentran dentro de su respectivo ámbito subjetivo de aplicación, este no es ese el caso de los obreros municipales.

64. Por tanto, interpretar que el régimen del Decreto Legislativo n.º 1057 puede ser empleado para contratar al personal obrero resiente los valores que garantiza la Constitución, porque la carta magna proscribiera la contratación temporal indefinida en su artículo 22. Y si bien es cierto, dicho derecho fundamental puede ser restringido a la luz del artículo 40 de la *norma normarum*, que instituye la carrera administrativa como bien jurídico constitucional, tal restricción no alcanza al obrero municipal precisamente porque se encuentra excluido de la carrera administrativa. De ahí que todas las normas que regulan el empleo en la Administración pública y restringen el derecho fundamental al trabajo, de cara a la estabilidad laboral de salida, se entienden dirigidas a los empleados, porque lo que se pretende preservar en dichos casos es la carrera administrativa como bien jurídico constitucional. De ahí que una interpretación del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 acorde a la Constitución nos permite concluir que este régimen especial se encuentra focalizado en los empleados del Estado.

65. Es cierto que mediante la Ley n.º 31131, publicada el 9 de marzo del 2021, se modificó el artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1057, y se estableció que «el contrato administrativo de servicios es de tiempo indeterminado, salvo que se utilice para labores de necesidad transitoria o de suplencia». Asimismo, se modificó el artículo 10, inciso f, del referido decreto legislativo, y se estableció que

El contrato administrativo de servicios se extingue por: [...] f) Decisión unilateral de la entidad con expresión de causa disciplinaria o relativa a

la capacidad del trabajador y debidamente comprobada. Si el despido no tiene causa o no se prueba durante el proceso de impugnación, el juez declara su nulidad y la reposición del trabajador.

Es decir, desde la entrada en vigencia de la Ley n.º 31131 se habilitó la contratación CAS a plazo indeterminado, con tutela restitutoria en casos de despido sin causa; sin embargo, al ser aplicables al CAS las disposiciones de la Ley n.º 28175, esta contratación como trabajador permanente, aun en este régimen especial, debe realizarse postulando a una plaza con dicha naturaleza y una vez superados los filtros o requisitos que establece la ley. En el mismo sentido, solo tendrán derecho a la reposición —en tanto se trata de trabajadores empleados del Estado— aquellos que hayan accedido al empleo como trabajadores permanentes superando o cumpliendo los requisitos previstos en la ley. Solo así puede garantizarse la constitucionalidad de las normas en mención, habida cuenta de que este régimen especial laboral se encuentra focalizado en los empleados del Estado, el Decreto Legislativo n.º 1057 no puede ser contrario a los valores constitucionales que irradia y busca preservar el artículo 40 de la Constitución.

66. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional, cuando en la STC n.º 013-2021-PI/TC, fundamento 116, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad de los artículos 5 y 10, inciso f, del Decreto Legislativo n.º 1057, modificados por la Ley n.º 31131, señaló:

116. Este Tribunal considera que es posible interpretar conforme a la Constitución las modificaciones hechas por la ley impugnada a los artículos 5 y 10, literal f), del Decreto Legislativo 1057. Así, dichas modificaciones no serán inconstitucionales si se las interpreta de la siguiente manera:

(i) Son aplicables a los CAS que se suscriban a partir de la entrada en vigencia de la Ley 31131, esto es, desde el 10 de marzo de 2021.

(ii) Corresponde a la entidad estatal contratante determinar las labores de carácter permanente y las de necesidad transitoria o de suplencia.

Solo podrán ser consideradas labores permanentes las relacionadas con la actividad principal de la entidad pública contratante.

(iii) Para que un CAS sea de plazo indeterminado, es necesario que el trabajador haya superado un concurso público para una plaza con carácter de permanente.

(iv) La reposición a que se refiere el literal f) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1057, puede darse únicamente al régimen CAS, no a otro régimen laboral existente en el Estado.

(v) Para la reposición de un trabajador en un CAS de tiempo indeterminado, el juez previamente deberá comprobar:

a) Que el trabajador CAS ingresó por concurso público para una plaza con carácter de permanente.

b) Que las labores que realiza corresponden a la actividad principal de la entidad y son de carácter permanente.

(vi) La reposición de un trabajador del régimen CAS con labores de necesidad transitoria o de suplencia, solo podrá ordenarse dentro del plazo del correspondiente contrato.

67. Adviértase que para el Tribunal Constitucional el derecho a la contratación como permanente y el derecho a la reposición bajo los alcances del Decreto Legislativo n.º 1057 son constitucionales solo si se interpreta que el trabajador postuló a una plaza permanente y superó los filtros de acceso previstos en la ley de la materia (principio de mérito). Es decir, el Tribunal Constitucional aplica a los trabajadores CAS la misma *ratio decidendi* que para los empleados del Estado adscritos al régimen laboral de la actividad privada, lo que no hace sino corroborar que el régimen CAS es un régimen especial dirigido a los empleados del Estado.

68. No debemos perder de vista lo desarrollado precedentemente, en el sentido de que la carrera administrativa no es exclusiva del régimen laboral público, sino que también aplica a los trabajadores empleados sujetos al régimen laboral privado y, como resulta lógico, luego de la modificación hecha por la Ley n.º 31131 al artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1057, también es extensiva al

régimen de contratación CAS indeterminado. Ello explica por qué tras la modificación del Decreto Legislativo n.º 1057, mediante la Ley n.º 31131, cuando se permite la contratación en este régimen especial a plazo indeterminado, entiéndase, de forma permanente, el Tribunal Constitucional refiere que, en estos casos, cuando se pretenda la reposición como permanente en dicho régimen especial, será necesaria la comprobación de un concurso público de méritos para una plaza permanente, aplicando la misma *ratio decidendi* que para el precedente Huatuco, conforme a la STC n.º 013-2021-PI/TC antes citada. En este escenario, resulta más claro todavía que el contrato administrativo de servicios no resulta aplicable para el obrero municipal, sino únicamente para aquellos trabajadores de las municipalidades con calidad de empleados.

69. Lo que queremos evidenciar con ello es que la misma *ratio decidendi* que sirvió de base para el precedente Huatuco fue extendida a los trabajadores CAS; por lo que si el referido precedente está construido en torno a los empleados, el régimen CAS, señaladamente, también lo está, tal cual las disposiciones generales vigentes e históricas que regularon el empleo público en el Perú, desarrollando las disposiciones de los artículos 39 y 40 de la Constitución. Y es que el régimen laboral público, propio de los empleados del Estado como regla general, no es un concepto equivalente al de carrera administrativa, sino que se trata de un concepto más amplio que engloba al personal de carrera empero también a los empleados contratados y a servidores de confianza.

70. En suma, el Decreto Legislativo n.º 1057 es un contrato laboral especial cuyo objeto regulatorio —al igual que la normatividad histórica que regulaba la función pública— es la categoría de empleado, por las razones ya expuestas precedentemente. Ello explica por qué el régimen CAS, siendo exclusivo del Estado, se cimenta sobre el principio de mérito, que es el fundamento constitucional de acceso a la función pública en general y a la carrera administrativa en especial, cuya regulación, como hemos advertido *supra*, siempre ha girado en torno a la categoría empleado.

§ 9. El principio de prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y los servidores públicos supone respetar el tratamiento diferenciado que normativamente han recibido los obreros municipales respecto a los empleados en relación con las reglas de acceso al empleo público

71. Por lo tanto, si bien con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo n.º 1057 se habilita a las entidades del Estado a contratar personal bajo el régimen especial CAS, tratándose de los obreros municipales, estos se encuentran fuera de su ámbito de aplicación, habida cuenta de que el régimen CAS, por las razones expuestas precedentemente, tiene como ámbito subjetivo de aplicación a los empleados de las entidades del Estado, con independencia de la naturaleza de su contrato de trabajo, lo que incluye a los empleados de las entidades públicas, que por norma autoritativa expresa se encuentran adscritos al régimen laboral privado. Según lo anterior, las municipalidades pueden emplear el Decreto Legislativo n.º 1057 para contratar personal con calidad de empleados, más no obreros.
72. Es bueno también precisar que la no contratación del personal obrero a través del CAS no supone una afectación a la regla de igualdad de trato ni al derecho de acceso al empleo público en términos de igualdad, porque las leyes dirigidas a regular el régimen de contratación en el Estado, y que desarrollan el artículo 40 de la Constitución, se fundan, además de la carrera administrativa como bien jurídico constitucional, en el principio de prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y los servidores públicos. Dicha prohibición supone respetar el tratamiento normativo que históricamente y de manera diferenciada han venido recibiendo los obreros municipales, respecto de las reglas generales de contratación de los servidores públicos, precisamente por estar excluidos de la carrera administrativa, dada la naturaleza de su labor.
73. Por otro lado, el tratamiento diferenciado a los obreros municipales respecto de los empleados de las entidades ediles, en relación con las reglas de acceso al

empleo público, no constituye un acto que lesione la regla de igualdad de oportunidades, pues tiene sustento en la naturaleza de las cosas (artículo 103 de la Constitución), en tanto es indiscutible que, atendiendo a la labor que desempeña un obrero municipal, este no pueda ser sometido a las mismas reglas de contratación que un empleado edil, porque el obrero municipal no tiene posibilidad de acceso a una carrera administrativa, como señaladamente ha reiterado también el Tribunal Constitucional al interpretar los alcances del artículo 40 de la Constitución. Ello, lógicamente, no obsta para que el Estado, al contratar a un obrero municipal, excluido por ley de dicha caracterización jurídica de concurso público, pueda adoptar medidas dirigidas a optimizar la gestión del talento humano, entre las cuales se pueden considerar criterios objetivos para la selección y la contratación de los obreros municipales, esto es, para elegir a aquellos obreros que posean las mejores cualidades y características para la actividad manual concreta para la cual se los ha de contratar. Esta exigencia y cuidado, que son básicos en toda gestión del talento humano, sin embargo, no pueden ser confundidos con la exigencia legal y constitucional de meritocracia y excelencia que, según nuestro sistema jurídico, ha sido construida enteramente en torno a la categoría del trabajador empleado del Estado, excluyéndose de tal exigencia, *a contrario sensu*, al obrero municipal.

74. En suma, el régimen del contrato administrativo de servicios no puede ser válidamente celebrado para la contratación de obreros municipales, empero no porque el Decreto Legislativo n.º 1057 sea menos tuitivo que el Decreto Legislativo n.º 728, tampoco porque el Decreto Legislativo n.º 1057 suponga una afectación al principio de progresividad en cuanto a los regímenes laborales de este grupo de trabajadores; sino porque, en puridad, no existen dos normas laborales aplicables a los obreros municipales respecto al régimen laboral, ya que el Decreto Legislativo n.º 1057, como hemos anotado precedentemente, está dirigido a los empleados del Estado, por lo que la única norma laboral aplicable al caso es aquella que dispone que los obreros municipales pertenecen al régimen laboral privado (artículo 37 Ley Orgánica de Municipalidades), ratificando lo dispuesto en la regla general de contratación

laboral en el Estado prevista en el Decreto Legislativo n.º 276, que en su primera disposición complementaria, transitoria y final excluye a los obreros del régimen laboral público.

75. Cabe precisar, por cierto, que el análisis jurídico que precede se realiza en función a nuestro marco normativo objetivo vigente, en virtud al cual, los obreros municipales se encuentran fuera del ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057, en tanto no hay una norma autoritativa o permisiva que expresamente los incorpore al referido régimen especial que, por su naturaleza y fines, se encuentra reservado para los empleados de las entidades del Estado; sin embargo, nada obsta para que, de forma excepcional, como en su oportunidad ocurrió con el Decreto de Urgencia N° 115-2020, se pueda habilitar temporalmente –vía norma legal expresa- la contratación de personal obrero municipal mediante CAS.

§ 10. Precedente vinculante

76. El artículo 40 de la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece:

--

Artículo 40. Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio **constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República**, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

77. En tal virtud, con el objeto de ordenar las diferentes posiciones interpretativas que operan en la jurisprudencia nacional, respecto a si los obreros municipales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057, este Pleno Casatorio, partiendo del análisis de este caso en concreto, establece como precedente vinculante:

Los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada; en consecuencia, no pueden ser contratados válidamente bajo los alcances del régimen especial de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo 1057).

78. El precedente establecido será de vinculación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial El Peruano*.

§ 11. Análisis del caso

79. Con motivo de la demanda, el trabajador solicita la reposición en el empleo, en el régimen laboral de la actividad privada, en tanto refiere que, no obstante su condición de obrero municipal, ha sido contratado durante su relación laboral con contrato administrativo de servicios, conforme al Decreto Legislativo n.º 1057, y fue despedido al invocarse el vencimiento de su contrato. Asimismo, solicita el pago de los beneficios sociales conforme al régimen del Decreto Legislativo n.º 728, por el período laborado.

80. Así, conforme a los hechos que sustentan la demanda, y que han sido considerados como hechos probados por las instancias de mérito, el demandante ocupó el cargo de auxiliar de recolección de residuos sólidos (limpieza pública), desde el nueve de setiembre del dos mil diecinueve hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil veintiuno, a excepción de enero y febrero del dos mil veinte y enero del dos mil veintiuno, períodos en los que, según las instancias de mérito, no se acreditó prestación de servicios. También constituye

un hecho probado que, durante todo el período laborado, como obrero municipal, suscribió contratos administrativos de servicios (CAS).

81. Teniendo en cuenta el análisis jurídico realizado en la presente resolución, los obreros municipales como el demandante no se encuentran dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Decreto Legislativo n.º 1057, por lo que su contrato de trabajo, por las razones expuestas precedentemente, se rige por los alcances del régimen laboral privado, conforme establece el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por lo que, al no ser aplicable el régimen especial CAS al demandante, su contratación se entiende a plazo indeterminado en el régimen laboral privado, conforme al artículo 4 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR.
82. En tal virtud, respecto a la pretensión de reposición, el trabajador demandante al haber superado el período de prueba y al haber sido objeto de un despido sin causa, lo cual ocurre cuando se invoca el vencimiento de un contrato inválidamente celebrado, tiene derecho a la reposición en el empleo, en tanto los alcances del precedente vinculante Huatuco (STC n.º 5057-2013-PA/TC) no le son aplicables, dada su condición de obrero municipal; por lo tanto, corresponde reponer al demandante en el cargo laborado y en el régimen privado, la demandada debe incorporar en planillas al demandante en el régimen del Decreto Legislativo n.º 728, conforme a lo solicitado en la demanda.
83. Y, respecto a los beneficios sociales, corresponde que estos también sean amparados por el período laborado según lo determinado por las instancias de mérito, beneficios que deberán ser reconocidos conforme a las disposiciones del régimen privado, tal como lo ha determinado también la sentencia de primera instancia.
84. En ese contexto, cuando la sala de mérito revoca la sentencia de primera instancia para declarar infundada la demanda, dando validez al contrato administrativo de servicios, incurre en error material debido a que ha aplicado indebidamente el Decreto Legislativo n.º 1057 al caso de autos, toda vez que

los obreros municipales se encuentran fuera del ámbito de aplicación de esta norma; por lo que el dispositivo aplicable al caso era el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que reconoce a los obreros municipales el régimen laboral privado, norma que incluso es ratificada por el artículo único de la Ley n.º 30889. Por lo tanto, **se declaran fundadas las infracciones normativas al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades y artículo único de la Ley n.º 30889.**

Por estas consideraciones:

VII. DECISIÓN

- a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Luis Saldaña Rojas**, mediante escrito presentado el veintidós de junio del dos mil veintidós, que corre en fojas noventa y tres a ciento cuatro; y, en consecuencia, **CASARON la sentencia de vista** de fecha catorce de junio del dos mil veintidós, que corre en fojas ochenta y tres a noventa y dos; **y actuando en sede de instancia, CONFIRMARON la sentencia apelada** de fecha dieciséis de marzo del dos mil veintidós, que corre de fojas sesenta y dos a setenta y uno, que declaró **fundada en parte** la demanda; en el proceso seguido contra la demandada, **Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo**, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros.
- b) **ESTABLECER** que constituye **PRECEDENTE VINCULANTE** lo dispuesto en el numeral 77 de la presente resolución.
- c) **SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el *Diario Oficial El Peruano* y en la página web del Poder Judicial, que tiene efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso de reconocimiento de vínculo laboral y otros, seguido contra la Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo; y lo devolvieron. **PONENTE: JUEZ SUPREMO CASTILLO LEÓN.**

S. S.

Castillo León

Yrivarren Fallaque

Torres Gamarra

Malca Guaylupo

Pinares Silva de Torre

Ato Alvarado

Yangali Iparraguirre

EFUM

**VIII. VOTO EN MINORÍA DEL
JUEZ SUPREMO ARIAS
LAZARTE**

**TEMA: REPOSICIÓN DE TRABAJADOR OBRERO MUNICIPAL
CONTRATADO EN EL RÉGIMEN CAS**

Sumilla. Precedente vinculante

1. «El régimen común o general del obrero municipal es el Decreto Legislativo n.º 728».

2. «La contratación del obrero municipal bajo contratos administrativos de servicios **CAS** únicamente será válida si y solo si se cumplen de forma concurrente el objeto, los límites y los requisitos señalados en el **fundamento V** de la presente resolución».

Palabras clave: obrero municipal, contrato administrativo de servicios, reposición.

Lima, diez de noviembre de dos mil veintidós

VISTA la causa número treinta y dos mil ochocientos cuarenta y seis, guion dos mil veintidós, guion **HUÁNUCO**, en audiencia pública de la fecha y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, **Luis Saldaña Rojas**, mediante escrito presentado el ocho de junio del dos mil veintidós, que corre de fojas noventa y tres a ciento cuatro, contra la **sentencia de vista** del catorce de junio del dos mil veintidós, que corre de fojas ochenta y tres a noventa y dos, que **revocó** la **sentencia apelada** del dieciséis de marzo del dos mil veintidós, que corre de fojas sesenta y dos a setenta y uno, que declaró **fundada en parte la demanda**, inválidos los contratos administrativos de servicios y la existencia de un contrato a plazo indeterminado, y la **reforma a infundada**, en el proceso seguido contra la entidad demandada, **Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo**, sobre invalidez de contratos administrativos de servicios y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la entidad demandada se declaró procedente mediante resolución de fecha catorce de junio del dos mil veintitrés, por las causales de:

iii) Infracción normativa del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 27972.

iv) Infracción normativa del artículo único de la Ley n.º 30889, Ley que Precisa el Régimen Laboral de los Obreros de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

Corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

I. RESUMEN DEL PROCESO

A fin de establecer la existencia de las infracciones arriba reseñadas, se plantea un resumen del desarrollo del proceso:

1.1. Pretensión. Como se aprecia de la **demanda de fecha diez de enero del dos mil veintidós**, que corre de fojas veinte a veintiocho, el demandante solicita: (a) la invalidez o ineficacia de los contratos administrativos de servicios (CAS) y sus adendas; en consecuencia, que se le reconozca una relación laboral; (b) la existencia de un despido arbitrario, su reposición y su registro en la Planilla Única de Trabajadores; (c) el pago de beneficios sociales (CTS, vacaciones truncas, gratificaciones por Navidad y Fiestas Patrias); y, (d) el pago de intereses legales y costos del proceso.

1.2. Contestación de demanda. La municipalidad demandada argumentó que las labores del demandante no fueron permanentes al existir interrupción; que el contrato contempla que el demandante tenía que someterse a las obligaciones que emite la demandada y que no hay impedimento para celebrar contratos administrativos de servicios (CAS) con la demandada.

1.3. Sentencia de primera instancia. El **Juzgado Civil de Aucayacu de la Corte Superior de Justicia de Huánuco**, mediante sentencia de fecha dieciséis de marzo del dos mil veintidós, declaró **fundada en parte la demanda**, y sustentó que en el caso de los obreros municipales existe una norma especial, el segundo párrafo del artículo 37 de la Ley Orgánica de

Municipalidades, que establece como régimen laboral el previsto en el Decreto Legislativo n.º 728. La entidad demandada no tiene facultades para cambiar o modificar el régimen laboral impuesto por ley; por ello, el demandante no podía ser contratado mediante contratos administrativos de servicios, en atención a la Casación Laboral n.º 7945-2014-Cuzco.

1.4. Sentencia de segunda instancia. La Sala Laboral de la misma Corte Superior de Justicia emite sentencia de fecha catorce de junio del dos mil veintidós, por la cual **revocó la sentencia apelada**, y la **reforma a infundada**. Fundamenta principalmente que existen posiciones contrapuestas entre la Corte Suprema Cas. Lab. n.º 7945-2014-Cusco, que estableció con calidad de precedente vinculante que los obreros bajo ningún supuesto pueden ser contratados mediante contratos CAS, por interpretación del artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por otro lado, el Tribunal Constitucional (TC) sostiene en el Exp. n.º 3531-2015-PA/TC y la STC n.º 3375-2019-PA/TC que la contratación CAS es compatible con la Constitución. Suman a esto que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades no prohíbe la contratación CAS; asimismo, que la Autoridad Nacional de Servicio Civil (Servir) en un informe del año 2019 concluyó que pueden contratarse obreros municipales mediante contratos CAS, siempre que las circunstancias o la necesidad de la prestación lo requiera. Por tanto, resulta factible y legítimo que las municipalidades pueden contratar obreros bajo la modalidad del contrato CAS; de igual modo, constata que existen interrupciones en la contratación del demandante, por lo que solo corresponde analizar el período que va desde el 01.02 al 31.12.2021 (11 meses), que no vulnera la transitoriedad y la validez del contrato CAS al que estuvo sujeto el demandante.

II. JUSTIFICACIÓN DEL PLENO

La uniformidad de la jurisprudencia, según Taruffo, «representa desde hace mucho tiempo un **valor fundamental** [...] para prácticamente todos los

ordenamientos jurídicos, que intentan, de diferentes maneras, [...] realizarlo en la mayor medida posible»⁸.

Las razones son variadas y es posible distinguir entre aquellas generales, estructurales o institucionales, de otras de orden particular, procedimental o pragmático.

Para unos es necesario velar por la «unidad del orden jurídico», «dado que en la interpretación del Derecho realizada por la judicatura reinan la incertidumbre y el disenso»⁹, otros sostienen «la exigencia de asegurar la certeza del derecho, debido a que una jurisprudencia uniforme evita la incertidumbre y la disparidad de las decisiones»¹⁰; aseguran también el hacer efectiva la garantía de la igualdad de las personas frente a la ley¹¹, de modo que se pueda prevenir y evitar el trato jurisdiccional desigual en los casos sustancialmente iguales. Tal situación añadiría predictibilidad para la toma de decisiones futuras y generaría un ambiente de tranquilidad y confianza en la ciudadanía en general en tanto las partes deban poder confiar en el hecho de que los jueces futuros se comportarán de la misma manera que aquellos pasados, salvo que medie razonable y justificado cambio de criterio. Finalmente, como sostiene el profesor Taruffo, «una jurisprudencia constante se puede conocer más fácilmente, y por consiguiente orienta de manera más eficaz los comportamientos de los ciudadanos y asegura la transparencia en el quehacer jurisdiccional como política de lucha contra la corrupción»¹².

Esta multiplicidad de razones no hace sino identificar el rol de la Suprema Corte como Tribunal de Casación, en el contexto de un Estado democrático¹³, «destinada a definir, observar y hacer observar la interpretación mediante la debida utilización y aplicación de las normas que rigen la interpretación jurídica»¹⁴.

⁸ TARUFFO, Michele. «La jurisprudencia entre casuística y uniformidad». *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, n.º 2, p. 10, diciembre de 2014.

⁹ DELGADO SUÁREZ, Christian. «Funciones de la Corte Suprema». *Jurídica. Suplemento del Diario Oficial El Peruano*, segunda etapa, año 12, p. 8, martes 21 de agosto del 2018.

¹⁰ TARUFFO, *op. cit.*, p. 10.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ Constitución Política del Perú de 1993, art. 43.

¹⁴ DELGADO SUÁREZ, *op. cit.*, p. 8.

Precisamente, la convocatoria al presente Pleno Casatorio¹⁵ tiene por fin último hacer realidad el **valor fundamental de la uniformidad** y disipar las divergencias interpretativas existentes en la judicatura nacional respecto a la problemática referida a determinar si resulta válida —o no— la contratación bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios —en adelante, CAS—, a los obreros municipales bajo los alcances del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057.

En efecto, observamos con suma preocupación que entre cortes superiores, o al interior de estas, existe evidente contradicción en las decisiones jurisdiccionales en relación con el régimen de contratación de los obreros municipales. Para un sector estos únicamente pueden ser contratados bajo el régimen de la actividad privada; mientras que para otro sector también sería válida mediante la contratación CAS. De este modo, tenemos que en algunos distritos judiciales se vienen aplicando los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Suprema en la Cas. Lab. n.º 7945-2014-Cusco, tales como los emitidos en la Corte Superior de Cusco, en el Expediente n.º 03592-2016; la Corte Superior de Lima Este, en el Expediente n.º 01058-2021; la Corte Superior de Lima Sur, en el Expediente n.º 00415-2019¹⁶; así como en otros, en los que encontramos un criterio totalmente contrario, como las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia de Huaura, la recaída en el Expediente n.º 00015-2021, en el Expediente n.º 0032-2019, y la recaída en el presente expediente¹⁷.

Se afecta el **valor fundamental de la uniformidad** y las razones que la sustentan si se mantiene dicha contradicción de criterios interpretativos jurisdiccionales.

Por tal razón, para prevenir que tal contradicción de criterios se mantenga, y corregir los casos en que se hayan producido, pero que aún se encuentran pendientes de decisiones finales, es indispensable activar la potencialidad que tiene la nomofilaquia como fin de la casación, tanto en su función reactiva como proactiva. Esto quiere decir, entendida como aquella

¹⁵ Resolución de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de fecha 2 de noviembre de 2023.

¹⁶ Se citan a título de ejemplo.

¹⁷ Decisiones que se fundamentan en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 3531-2015-PA/TC y la STC n.º 3375-2019-PA/TC; que, en resumen, sostienen que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades no prohíbe utilizar la contratación administrativa de servicios (CAS).

que —clásicamente concebida— implicaba la tutela de la aplicación de la ley, pero también como promotora de juridicidad, y es que como dice Delgado:

con el advenimiento de las nuevas teorías interpretativas y considerando la real función de las cortes supremas, resulta natural calificar a la nomofilaquia como interpretativa, lo cual, a su vez, determinará que el recurso que la activa [casación o recurso extraordinario] esté revestido por un interés de *jus constitutionis*, esto es, en el interés de la unidad del Derecho y no solo por una finalidad integralmente privatista o un interés de *jus litigatoris*¹⁸.

Así, el instrumento jurídico del que dispone la Corte Suprema para asumir dicho rol, cumplir con los fines de la casación y hacer efectivo el valor fundamental antes citado, es el previsto en el artículo 40 de la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, que permite a través de los plenos casatorios establecer precedentes vinculantes que obliguen a los órganos jurisdiccionales de la república, tanto horizontal como verticalmente, mientras no sea modificado o cambiado por la emisión de un nuevo pleno.

Con tales propósitos, los jueces supremos de la Segunda y de la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ambas vinculadas a conocer las causas relacionadas con el derecho laboral en el régimen privado, se reúnen a efectos de emitir el primer precedente vinculante en materia laboral privada sobre un punto que en el escenario jurisdiccional recibe respuestas divididas y contradictorias, el régimen de la contratación de los obreros municipales, a fin de brindar una respuesta al tópico de si los obreros de las municipalidades deben ser contratados única y exclusivamente mediante régimen laboral regulado en el Decreto Legislativo n.º 728 (**DL 728**), o si es que este sector de trabajadores pueden eventualmente ser contratados mediante el régimen laboral del Decreto Legislativo n.º 1057, régimen de la contratación administrativa de servicios (**CAS**).

III. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL PLENO

3.1. Contexto del surgimiento del CAS

¹⁸ DELGADO SUÁREZ, *op. cit.*, p. 8.

Antes de la dación del Decreto Legislativo n.º 1057, que crea el contrato administrativo de servicios, CAS, el empleo público se caracterizaba por la coexistencia de dos regímenes laborales de distinta naturaleza, conocidos como público y privado. El primero denominado Ley de Bases de la Carrera Administrativa de Remuneraciones del Sector Público, cuyo marco legal era el Decreto Legislativo n.º 276; y el segundo, Ley de Fomento del Empleo, cuyo marco legal era el Decreto Legislativo n.º 728. A estos se agregaban distintos regímenes especiales. También formaba parte de la contratación pública, la contratación de personal a través de servicios no personales, denominada SNP.

Con las reformas adoptadas en la década de los noventa, se redujo el número de servidores públicos en el Estado y se estableció en las sucesivas leyes anuales de presupuesto la prohibición de la contratación de servidores públicos bajo los regímenes laborales existentes, que generen nuevas plazas a las ya existentes.

Así, en el empleo público, antes de la expedición del Decreto Legislativo n.º 1057 se tenían los siguientes regímenes —comunes, especiales y civiles—:

COMUNES	ESPECIALES	OTROS	CONTRATACIÓN CIVIL — desnaturalizados y no desnaturalizados —
Decreto Legislativo n.º 276 (año de expedición: 1984)	«Profesorado y Magisterial (Ley 24029 - 1984 y Ley 29062 - 2007) Docentes universitarios (Ley 23733 - 1983) Profesionales de la salud (Ley 23536 - 1982) Asistenciales de la salud (Ley 28561 - 2005) Magistrados (Ley 29277 - 2008) Fiscales (D. Leg 052-1981 y modificado 2010) Diplomáticos (Ley 28091 - 2003 y modificada 2005) Servidores penitenciarios (Ley 29709 - 2011) Militares y policías (Ley 28359 -2004 y Ley 27238 - 1999), Construcción Civil, etc.» ¹⁹ .	PNUD Gerentes públicos Decreto Legislativo n.º 1024 (2008) Fondo de Apoyo Gerencial Decreto Legislativo n.º 25650 (1992) Personal altamente calificado en el sector público, Ley n.º 29806 (2011)	Ley Contrataciones del Estado
Decreto Legislativo n.º 728 (año de expedición: 1991)			Contratación civil bajo las normas del Código Civil

Esta rigidez de la contratación bajo los regímenes laborales existentes generó que el Estado opte por la contratación de servidores públicos a través de contratos de locación de servicios, que en el año 2004 representaba el diez

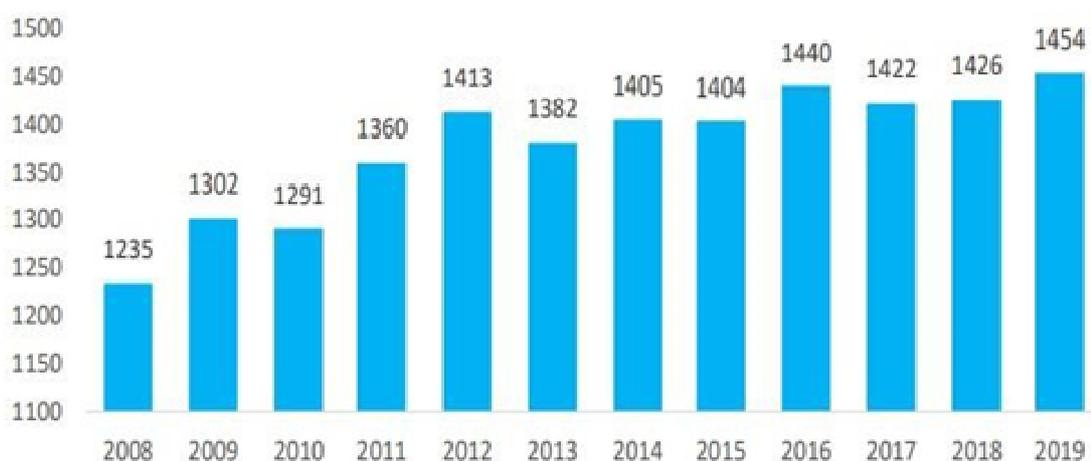
¹⁹ AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (SERVIR). «Los regímenes laborales en el Perú». En *El servicio civil peruano*, p. 19, 2012. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1205587/SERVIR_-_El_servicio_civil_peruano_-_Cap2.PDF.

por ciento del total de servidores públicos²⁰, dado que para dicha forma de contratación había una mayor flexibilidad, debido a que estos no generaban empleos permanentes ni requerían la previsión de plazas presupuestadas y vacantes. Asimismo, las diferentes dependencias del Estado recurrieron a la contratación temporal —no permanente— bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 728, para labores que en la mayor parte de los casos eran de naturaleza indeterminada o que siendo temporales tenían errores en la contratación modal.

Tal situación generó el incremento de la planilla estatal, dado que los servidores públicos con contratos inválidos o desnaturalizados obtuvieron que la justicia laboral les reconozca la condición de trabajadores sujetos a vínculo indeterminado, de modo que lo que no se podía de modo directo se consiguió de modo indirecto.

En efecto, una muestra de ello es que en el año 2008 se contabilizaban 1 235 000 servidores públicos y en el año 2019 el Estado tenía contratados a 1 454 000 servidores públicos, conforme se advierte del siguiente cuadro elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo²¹.

Perú: Servidores públicos en el Estado, 2008 - 2019
(en miles)



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

²⁰ Según los datos de la Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI): «En el año 2022 se calcula que bajo este tipo de contratación se contrató a 170,000 privados y de ellos, 150,000 prestarían servicios bajo condiciones de subordinados y relación de dependencia».

²¹ AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (SERVIR). *Informe sobre las características del servicio civil peruano 2021*. Lima: Servir, 2022. Recuperado de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2916882/Caracter%C3%ADsticas%20del%20Servicio%20Civil%20Peruano%202021.pdf>.

Para el Tribunal Constitucional, el Decreto Legislativo n.º 1057, que crea el CAS, surge como régimen sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios (que ocultaba la existencia de una relación laboral), también conocido como SNP —cuya base legal son los artículos 1764 y siguientes del Código Civil—, aplicable a toda entidad pública (tanto para empleados como para obreros), independientemente de su régimen laboral común o especial, con excepción de las empresas del Estado.

3.2. Contratación CAS

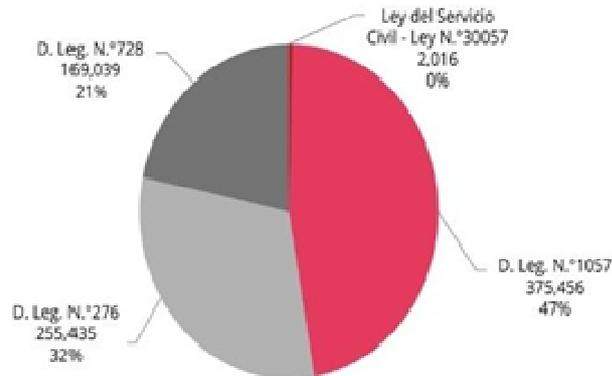
Estando así las cosas, desde la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1057, que incorporó al ordenamiento jurídico laboral público el CAS, a partir de agosto del 2008, el gobierno central y los gobiernos regionales y locales empezaron a utilizar este tipo de contratación, que se acentuó luego de que el Tribunal Constitucional, al analizar la constitucionalidad del CAS **resaltó que dicho régimen** tiene naturaleza laboral. Posteriormente, mediante la Ley n.º 29849, se estableció que

el servidor bajo este régimen se considera dentro del ámbito de la Ley Marco del Empleo Público y la Ley del Código de Ética de la Función Pública, debiendo, estos servidores públicos, ajustarse a la misma y completar su regulación en términos de los derechos laborales¹⁴.

Asimismo, se estableció que al ser un sistema de puestos, el CAS no tenía, como rasgo distintivo y que lo diferenciaba de otros regímenes, **el mecanismo de la promoción o ascenso** y los servidores públicos contratados bajo dicho régimen **no estaban sujetos a escalas remunerativas**, por lo que las remuneraciones son negociadas contrato por contrato.

Cabe señalar que de acuerdo con Servir, la participación de servidores civiles, según el régimen de contratación en el año 2022, fue la siguiente:

Gráfico 10: Participación de servidores civiles, según régimen de contratación, 2022



Nota: No incluye carreras especiales (801,946), a la categoría de Otros (92,771) y a los registros sin información sobre el régimen laboral (44,551). Datos tomados de Planilla Electrónica: Reporte de diciembre 2022 por MTPE, 2022.
Elaboración: SERVIR-GPGSC

Fuente: Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2023, p. 17²².

Es necesario señalar que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1057, el régimen laboral especial tiene **carácter transitorio** y, posteriormente, con la expedición de la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley n.º 29849 se dispuso su **eliminación gradual a partir del año 2013 con la implementación del nuevo régimen del servicio civil**.

Pese a que el legislador ha previsto la eliminación gradual del régimen del Decreto Legislativo n.º 1057, el CAS no solo continúa existiendo, sino que su utilización ha ido creciendo considerablemente en los últimos años a una tasa promedio anual, para los años 2020 y 2021, de 20.8% y 12.5%, respectivamente, como se desprende del informe *Características del servicio civil peruano 2022*, emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

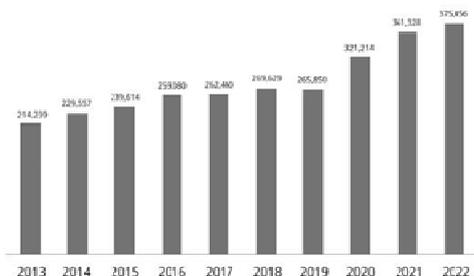
3.3. Contratación CAS en la crisis sanitaria

De acuerdo con Servir, entidad que se ocupa de la administración del empleo público en el Perú, la contratación CAS desde su vigencia ha ido en aumento progresivo y sostenido en el tiempo, y se ha acentuado su utilización en el período de la crisis sanitaria. Así, señala al respecto:

²² AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (SERVIR). *Características del servicio civil peruano 2022*. Lima: Servir, 2023. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5534164/4923815-caracteristicas-del-servicio-civil-peruano_2023.pdf

La crisis sanitaria demandó por parte de la ciudadanía una mayor atención del Gobierno, lo que generó para el año 2020 un incremento en la planilla pública de casi 5% respecto al año anterior, representando así, el 9.6% del PEA ocupada [...]. Como consecuencia de ello, [...] en el año 2022 el número de servidores que forman parte del CAS, ascendió a más de 375 mil, un 4% más con respecto al año 2021. El incremento de contrataciones CAS se ha dado de forma sostenida en la última década (2013-2022), así tenemos que la tasa de crecimiento promedio anual ha sido en este periodo de 6.4%, presentando una variación porcentual acumulada de más del 75.3% con respecto al 2013¹⁵.

Gráfico 9: Servidores civiles, contratados por CAS, 2013 – 2022



Nota: Servidores civiles contratados por CAS (promedio anual). Datos tomados de Anuario Estadístico Sectorial 2013 al 2021 por MITPE, 2014 - 2022 y de Planilla Electrónica: Reporte de diciembre 2022 por MITPE, 2022.
Elaboración: SERVIR-GFGSC

Excluyendo a las carreras especiales, el grupo de servidores en el régimen CAS pasa a concentrar la mayor parte del empleo público sujeto a un régimen laboral (47%), como se puede apreciar en el Gráfico 10, sin carreras especiales.

Fuente: Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), p. 16, 2023.

En los años 2020, 2021 y 2022 la contratación CAS ha superado las contrataciones respecto de los períodos anteriores debido a la habilitación legal existente que se generó por la crisis sanitaria. Así, a través del Decreto de Urgencia n.º 115-2020 se destinó una partida presupuestal para el financiamiento de actividades de fiscalización para la recuperación de espacios públicos, sostenibilidad, ordenamiento urbano y seguridad en distritos y provincias focalizadas frente a la emergencia nacional por la COVID-19.

Posteriormente, el Ejecutivo habilitó el marco legal de la Segunda Disposición Complementaria del Decreto de Urgencia n.º 034-2021, de la Única Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia n.º 083-2021 y de la Septuagésima Tercera; así como de los literales a y b del inciso 1 de la Centésima Décima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley n.º

31365, que permitió la contratación CAS de personal en áreas críticas del sector educación, salud, Jurado Nacional de Elecciones (JNE), universidades, etc.

Dentro de las funciones y/o actividades públicas para las que se autorizó la contratación CAS, por razón de la emergencia, se encuentran también funciones típicamente asignadas a obreros municipales, por lo que desconocer dicha realidad supondría desconocer las circunstancias especiales que justificaron tales contrataciones. Ello obligaría a que a todos esos casos, que fueron contratados debido a la emergencia, se les invalide su contrato y se les incorpore como parte de la planilla estatal sujeta al régimen laboral privado.

3.4. Vicisitudes de la contratación CAS en el caso de obreros

Debe mencionarse que la contratación CAS de servidores públicos depende exclusivamente del legislador y de las políticas de ordenamiento de los recursos humanos del Ejecutivo. En ese sentido, los pronunciamientos judiciales deben ser coherentes con dicho estado de cosas, lo que no significa que el Poder Judicial renuncie a plantear los límites en la aplicación del CAS, para el caso de los obreros municipales u otros trabajadores, puesto que existen ámbitos del servicio público con características propias y especiales que justifican su uso acotado.

Siguiendo la línea argumentativa, debe mencionarse que en el ordenamiento jurídico el servidor público, **obrero municipal**, tiene una especial condición laboral: (i) su régimen laboral natural y común es el del Decreto Legislativo n.º 728, tal como se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Municipalidades, artículo 37 de la Ley n.º 27972, y precisado en la Ley n.º 30889; (ii) no están comprendidos en la Ley del Servicio Civil, conforme lo ha precisado la Ley n.º 30889; (iii) no se encuentran dentro de la carrera administrativa; y, (iv) pertenecen a uno de los sectores más vulnerables del país.

Tal como se ha referido precedentemente, desde la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1057, los gobiernos locales han contratado a personal para la realización de actividades principales y permanentes, propias del servicio municipal, sin ningún tipo de límites, en el entendido de que existe cobertura

legal para ello, luego de que el Tribunal Constitucional haya declarado la constitucionalidad del CAS. Asimismo, en la pandemia, el Ejecutivo habilitó, con normas con rango de ley, la contratación CAS de obreros municipales para realizar servicios temporales o transitorios.

Nótese que cuando el legislador dispuso en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057 que el CAS aplicaba a todas las entidades del Estado, con excepción de las empresas del Estado, lo que estaba autorizando era la posibilidad del uso de dicho régimen especial para cualquier trabajador que desempeñe funciones en ámbitos regulados por los regímenes comunes, como eran los Decretos Legislativos n.º 276 o n.º 728. No resulta cierto que el marco legal del CAS «solo» o «únicamente» haya sido dictado para contratar «empleados» en el sector público. Esta es una distinción hecha donde la ley no diferencia, pero sobre todo no se corresponde con el origen del CAS, pues como ha quedado dicho por el Tribunal Constitucional, el Decreto Legislativo n.º 1057, que crea el CAS, surge como régimen sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios (que ocultaba la existencia de una relación laboral), también conocido como SNP —cuya base legal son los artículos 1764 y siguientes del Código Civil—, aplicable a toda entidad pública (para empleados como para obreros), independientemente de su régimen laboral común o especial, con excepción de las empresas del Estado.

En dicho escenario, se advierte que los gobiernos locales contrataron a obreros municipales bajo el CAS, en el entendido de que dicho régimen permitía la subsanación de contrataciones irregulares, como en los siguientes supuestos:

- 3.4.1. Si tenían personal obrero sujeto a contratos de naturaleza civil (NSP), les cambiaron dicho régimen por el CAS. Es decir, cuando el obrero municipal tenía —en la realidad— la condición de trabajador 728 indeterminado, producto de la invalidez de contrato civil.
- 3.4.2. Cuando el obrero municipal tenía —por primacía de la realidad— la condición de trabajador 728 indeterminado, producto de la desnaturalización de la contratación modal.
- 3.4.3. Cuando el obrero municipal tenía la condición de trabajador sujeto a regímenes laborales especiales.

Pero también utilizaron el CAS para la contratación de personal civil que realizara actividades permanentes de obreros municipales, sea por lo regulado en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057, o por alguna norma con rango de ley autoritativa para la contratación CAS, como se presenta en los siguientes supuestos:

3.4.4. Cuando el obrero municipal debía realizar labores de naturaleza permanente.

3.4.5. Cuando, por existir habilitación legal expresa, se contrata a obreros municipales para realizar servicios transitorios (v. g. DU n.º 115-2020).

Esta multiplicidad de supuestos ha desembocado en miles de procesos judiciales a nivel nacional, en los que se cuestiona la validez de la contratación CAS, y tiene como objeto que se declare judicialmente su invalidez y, como consecuencia de ello, se incorpore a todos en la condición de obreros indeterminados sujetos al régimen del Decreto Legislativo n.º 728.

Estos procesos judiciales vienen siendo tramitados en la vía ordinaria laboral y en la vía constitucional, lo que a su vez ha generado que los órganos jurisdiccionales —en sede ordinaria— hayan resuelto la controversia bajo criterios disímiles. En algunos casos han amparado la pretensión de invalidez de dicha contratación por considerar que el único régimen aplicable al obrero municipal es el Decreto Legislativo n.º 728 y, en algunos otros, han rechazado la demanda al considerar que no existe impedimento legal para que un gobierno local contrate obreros bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 1057.

En sede constitucional, el Tribunal Constitucional²³ se ha decantado por la tesis de que sí es posible la contratación de obreros municipales bajo CAS²⁴ en razón a que la Ley Orgánica de Municipalidades no impide la contratación bajo otros regímenes especiales y teniendo en cuenta que Servir ha señalado que sí es válida dicha contratación.

Criterio distinto ha asumido la Corte Suprema, que ha considerado que no es posible la contratación de un obrero municipal bajo el CAS en ningún

²³ Expedientes n.º 003375-2019-PA/TC y n.º 03531-2015-PA/TC.

²⁴ Expediente n.º 03082-2010-PA/TC.

supuesto, toda vez que la Ley Orgánica de Municipalidades ha establecido que el régimen del obrero municipal es el del Decreto Legislativo n.º 728, de manera que no sería posible la contratación bajo otro marco laboral, ya que ello afectaría el principio de reserva de ley, progresividad y los principios laborales.

Este marco situacional ha llevado a que la Corte Suprema de Justicia de la República como corte vértice del control jurídico en sede ordinaria de la República, lleve a cabo su función de uniformizar el criterio interpretativo respecto al régimen laboral de los obreros municipales, al cumplir su finalidad de dar unidad al derecho, a partir de la instauración del Primer Pleno Casatorio Laboral, conforme a las reglas del artículo 40 de la Ley n.º 29497²⁵. Para ello ha identificado como tema de debate determinar si resulta válida la contratación bajo el régimen especial CAS a los obreros municipales, conforme se aprecia del auto de fecha dos de noviembre del dos mil veintitrés que convocó a la audiencia de vista del pleno jurisdiccional.

Es decir, con el presente pleno casatorio no se va a definir quién es o no obrero, pues ello corresponderá hacerlo con motivo del caso concreto; sino que ahora corresponde resolver si quien siendo obrero puede ser contratado por CAS.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

4.1. Son cuatro posibles fuentes de problemas²⁶ que un juez debe resolver — en términos generales— cuando conoce de un proceso judicial, estos problemas son de interpretación, de relevancia, de pruebas y de calificación. En el presente caso, nos encontramos frente a un problema de interpretación,

²⁵ «Artículo 40.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio».

²⁶ De acuerdo con el autor Jaime Vilarroig en su texto «Dos contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica: Neil MacCormick y Robert Alexy». *Fòrum de Recerca*, n.º 12, p. 3, 2006-2007. Son «cuatro posibles fuentes de problemas:

- Problemas de interpretación: En este caso el juez sabe la norma, pero esta presenta varias interpretaciones posibles.
- Problemas de relevancia: El juez no sabe si hay o no normas relevantes que se puedan aplicar al caso.
- Problemas de la prueba: No hay acuerdo sobre el supuesto de hecho, bien porque no se sabe qué pasó, o porque el acusado niega los hechos, o porque no hay suficientes pruebas.
- Problemas de calificación: Hay acuerdo sobre los hechos, pero no se sabe si los hechos cubren el supuesto de hecho de la ley».

estrictamente jurídico, en el que el juez sabe la disposición que se debe aplicar, pero esta presenta varias interpretaciones posibles.

4.2. Cobra pertinencia la distinción existente entre «disposición» y «norma» realizada por Riccardo Guastini²⁷. En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- «a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (*disposición*); y,
- b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (*norma*)».

4.3. En ese sentido, el objeto del examen o control jurídico es el texto y su sentido normativo, de manera que el análisis deberá comprender el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, y la dinámica específica de la aplicación de la norma²⁸.

4.4. Por lo tanto, se tiene que la *disposición* sujeta a análisis, con motivo de la absolución del pleno casatorio, será el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057, que da respuesta a la pregunta: **¿es jurídicamente válida la contratación del obrero municipal bajo los alcances del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057?**

V. MARCO DE INTERPRETACIÓN

5.1. Para responder a la interrogante que forma parte del problema jurídico relevante, es necesario analizar las disposiciones normativas cuya vigencia ha generado la incertidumbre jurídica —nos referimos al marco legal existente sobre el régimen laboral del obrero municipal—. Ello supone llevar a cabo, en primer lugar, un ejercicio de interpretación y, posteriormente, la justificación de la conclusión.

La justificación supone la construcción de argumentos que ofrezcan mejores razones que sustenten la conclusión. Así, la argumentación que exige

²⁷ «Disposizione vs. norma». *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pp. 3-ss.

²⁸ Como lo realizó el Tribunal Constitucional en la STC n.º 010-2002-AI/TC, Lima, f. 34.

la solución del caso supondrá entonces el ejercicio del razonamiento, mediante el cual se intenta probar o refutar una tesis y convencer a alguien de su verdad o falsedad.

5.2. En la interpretación de las normas legales, como la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 27972 —norma que establece el régimen laboral general o común del obrero municipal— (*disposición 1*), y el Decreto Legislativo n.º 1057 —norma que establece el régimen laboral especial en la contratación del servicio público— (*disposición 2*), se presentan diversos problemas derivados del hecho de que sobre la base de la aplicación de ambas disposiciones normativas se han contratado obreros municipales, en el entendido de que estos forman parte del servicio público.

5.3. En efecto, de acuerdo con los enunciados normativos tenemos lo siguiente:

a) *Disposición 1*: régimen laboral general o común del obrero municipal previsto en el artículo 37 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

«Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen».

b) *Disposición 2*: régimen especial en la contratación del servicio público previsto en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057.

«El régimen especial de contratación de servicios es propio del derecho administrativo y privativo del Estado, aplicable a toda entidad pública, independientemente de su régimen común —276 o 728— o especial, con excepción de las empresas del Estado».

5.4. Una aproximación interpretativa aislada y literal de cada uno de tales enunciados normativos es causa del problema jurídico relevante que se debe resolver. En efecto:

- a) Bajo una interpretación de la *disposición 1* se podría concluir que dado que la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 27972, ha establecido que el régimen laboral del obrero municipal es el Decreto Legislativo n.º 728, este tipo de servidores públicos solo podrían ser contratados bajo dicho marco legal y no bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 1057, que es solo aplicable a los **empleados municipales**. En ese sentido, la reserva de ley impediría la contratación CAS del obrero municipal (primera interpretación i-1), pues el empleado, así como el obrero, son servidores públicos.
- b) Una interpretación distinta diría que dado que el Decreto Legislativo n.º 1057 (*disposición 2*) es un régimen especial de contratación del servicio público para toda entidad pública, y en tanto las municipalidades son entidades públicas, por ende, sí sería válida la contratación CAS del personal que realiza labores de obrero municipal y también del personal que realiza labores de empleado municipal (segunda interpretación i-2), pues ambos son servidores públicos.

5.5. Como se ha dicho, ambas interpretaciones (i-1 e i-2), que han surgido de la literalidad de los enunciados, tienen un defecto, generan la contradicción entre ellas, y la agonía necesaria de una de ellas, como si ambos regímenes fueran excluyentes y/o sustitutivos.

5.6. Dicha contradicción ha dado lugar, tanto a nivel administrativo como jurisdiccional, a que se entienda la situación de la contratación del obrero municipal desde dos posturas o extremos maximalistas aparentemente opuestos e irreconciliables:

- (a) De un lado, que se sostenga que el obrero municipal **únicamente** pueda ser contratado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo n.º 728, de modo que todo contrato CAS, en esta materia, sería inválido; lo que representa la postura mayoritaria de la jurisdicción ordinaria laboral y especialmente de la Corte Suprema en el Poder Judicial.

(b) De otro lado, que se afirme que el obrero municipal pueda ser contratado mediante contratos CAS, en cualquier supuesto, postura que se reclama desde sede administrativa —Servir— y encuentra respaldo en el Tribunal Constitucional, como en un sector de la jurisdicción ordinaria laboral del Poder Judicial, por lo que ya no sería necesario, menos conveniente, que se pueda contratar a este personal bajo el régimen laboral privado.

5.7. Estas dos posturas se presentan como una antinomia, lo que no existe en el presente caso, debido a que ambas normas permiten la contratación, no es que una la permita y la otra la prohíba.

5.8. En este extremo de la argumentación es necesario señalar que las normas legales, en el marco de un Estado de derecho constitucional, son normas jurídicas que operan como parte de un sistema, no en forma aislada, sino interrelacionadas, y dan coherencia y unidad al derecho, en términos de racionalidad. Como han señalado Galarza Castro y Córdova Vinueza citando a Alexy:

La coherencia normativa es una dinámica de justificación, al presuponer que el derecho es una empresa racional, porque se cumple con la noción de universalidad, puesto que se considera a las normas en su conjunto y no de una forma aislada, con el fin de poderles dar un sentido, promoviendo la certeza del derecho²⁹.

5.9. En ese sentido, una interpretación válida, que surge de los enunciados normativos a y b en relación de complementariedad, podría llevarnos a concluir que el régimen común o general del obrero municipal es el Decreto Legislativo n.º 728, y el especial, **de todo el empleo público**, junto a otros regímenes especiales, es el Decreto Legislativo n.º 1057. De manera que la interrogante a la pregunta ¿es posible la contratación de un obrero municipal bajo los alcances del Decreto Legislativo n.º 1057?, tendría como respuesta que **sí** (tercera interpretación i-3), pero no en todos los casos o supuestos, sino solo

²⁹ GALARZA CASTRO, Christian Xavier y CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. «El modelo de MacCornick como esquema de motivación para la aplicación de los estándares de la CIDH en la fijación de la prisión preventiva». *Revista Ciencia UNEMI*, vol. 4, núm. 37, p. 5, 2021.

en aquellos en que sea necesario y posible, conforme se determinará en los siguientes fundamentos de la presente resolución.

5.10. Cabe mencionar que los regímenes especiales laborales, en nuestro ordenamiento jurídico, tienen una finalidad que el legislador ha considerado que deben cumplir: pueden ser de promoción, como el régimen agroexportador, o de la exportación no tradicional, mypes, etc.; o aquellos que derivan de la especial y específica naturaleza del servicio, como sería el caso de construcción civil, régimen agrario, pesquero, educación, portuario, o la contratación administrativa de servicios de personal, para garantizar los principios de méritos, capacidad e igualdad de oportunidades y profesionalismo en la Administración pública, como el del CAS.

5.11. En este punto es necesario hacer un paréntesis: los obreros municipales pueden ser contratados también a través de regímenes especiales, siempre que exista la necesidad de diferenciación respecto de la actividad que desarrolla el trabajador; por ejemplo, aquellos que realizan actividades propias de construcción civil son contratados bajo el régimen de construcción civil, de manera que no es correcta la afirmación de que el único, exclusivo y excluyente régimen laboral del obrero municipal es el del Decreto Legislativo n.º 728.

5.12. De lo anteriormente señalado se puede establecer con meridiana claridad que el CAS, no es, *per se*, incompatible con la Ley Orgánica de Municipalidades, en la medida en que la regulación del régimen laboral, en la Ley Orgánica, está destinada a establecer los dos regímenes comunes y generales del empleo público, pero que de ninguna manera excluye la contratación del obrero municipal a través de regímenes especiales de contratación que tengan una **fuentes objetiva** distinta a los dos regímenes comunes, por la actividad específica o por la naturaleza del servicio.

5.13. En ese sentido, no resulta exacto el argumento que considera que el CAS solo sea aplicable a los empleados municipales porque dichos servidores públicos forman parte de una carrera administrativa, toda vez que no necesariamente todo empleado público forma parte de una carrera

administrativa, más aún si de acuerdo con lo señalado en el fundamento 2.2 de la presente resolución, los servidores contratados bajo el CAS, *desde su origen legal*, no tienen línea de ascenso ni promoción, y no están sujetos a una escala remunerativa.

5.14. Cabe tener en cuenta que, a diferencia de la segunda interpretación literal (i-2), desde la tercera interpretación (i-3) no se podría sostener que en todos los casos es posible la contratación de obreros municipales bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 1057, como sí lo es en la conclusión de la segunda interpretación (i-2). Ello en razón a que no sería consistente ni coherente con el marco legal y constitucional que un **régimen especial** deforme el contenido del **régimen común** o lo vacíe por completo de contenido, situación que ocurriría si el empleador municipal alternativamente pudiera optar entre la contratación 728 o CAS, pues obviamente elegiría la contratación CAS por ser más conveniente en términos económicos.

5.15. En dicho escenario es necesario que la Corte Suprema, a fin de hacer realidad el «valor fundamental de la uniformidad» y disipar las divergencias interpretativas existentes en la judicatura nacional respecto a la problemática referida a la contratación CAS de los obreros municipales bajo los alcances del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057, establezca reglas interpretativas que delimiten en qué casos y bajo qué supuestos un gobierno municipal podría contratar personal que realiza labores de obrero bajo el CAS.

5.16. En el apartado 2.4 de la presente resolución se ha hecho referencia a que desde la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1057, los gobiernos locales vienen contratando a obreros municipales bajo el CAS, en los siguientes casos:

1. Cuando el obrero municipal tenía la condición de trabajador 728 indeterminado, producto de la invalidez de contrato civil.
2. Cuando el obrero municipal tenía la condición de trabajador 728 indeterminado, producto de la desnaturalización de la contratación modal.

3. Cuando el obrero municipal tenía la condición de trabajador sujeto a un régimen laboral especial.
4. Cuando el obrero municipal debía realizar labores permanentes.
5. Cuando, por existir habilitación legal expresa, se contrata a obreros municipales para realizar servicios transitorios.

5.17. En ese sentido, es necesario que todos los órganos jurisdiccionales tengan en cuenta, a la hora de resolver controversias judiciales relacionadas con los supuestos señalados en el párrafo precedente, las siguientes respuestas:

1. No es válida la contratación CAS en el caso del obrero municipal que previamente tenía la condición de trabajador 728 indeterminado, producto de la invalidez de contrato civil, tal como se advierte de las ejecutorias supremas: 14279-2016, 13509-2016, 7945-2014, 18732-2016 y otras en igual sentido.
2. No es válida la contratación CAS en el caso del obrero municipal que previamente tenía la condición de trabajador 728 indeterminado, producto de la desnaturalización de la contratación modal, debido a que dicha situación transgrede el principio de progresividad y continuidad.
3. No es válida la contratación CAS en el caso del obrero municipal que previamente tenía la condición de trabajador sujeto a un régimen laboral especial, debido a que un régimen especial no puede sustituir a otro régimen especial.
4. No es válida la contratación CAS del obrero municipal para realizar labores principales y permanentes, ya que dicho supuesto está restringido para la contratación del régimen común del Decreto Legislativo n.º 728. Conforme se colige de la interpretación llevada a cabo en los fundamentos 4.8 y 4.13 de la presente resolución, no es razonable sostener que en todos los casos es posible la contratación de obreros municipales bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 1057, toda vez que no sería jurídicamente válido que un régimen especial, como el CAS, deforme el contenido del régimen común del obrero municipal, o lo vacíe por completo de contenido. Esta situación ocurriría

si el empleador municipal alternativamente pudiera optar entre la contratación 728 o CAS, ya que con certeza elegiría la contratación CAS por ser más conveniente en términos económicos.

5. Respecto a la contratación de obreros para realizar servicios transitorios y/o especiales, sí sería posible la contratación CAS, siempre que no se pueda realizar a través de un contrato modal del Decreto Legislativo n.º 728, y en tanto la naturaleza del servicio permita la contratación a través del régimen especial y cuando exista una ley o norma con rango de ley autoritativa para que proceda.
6. Es posible que el país atraviese problemas coyunturales, imprevisibles y extraordinarios —como sería el caso de los estados de emergencia por motivos sanitarios, ecológicos, económicos, etc.— y se necesite tomar medidas legislativas para solucionar dicha problemática, que impliquen aumentar el nivel de empleabilidad y el Estado en todos sus niveles, que se tenga la necesidad de expedir normas con rango de ley que autoricen la contratación CAS de obreros municipales, como sucedió en el marco de la estrategia nacional para prevenir mayores contagios de la COVID-19 y, a la vez, asegurar la adecuada recuperación económica del país.
7. En dicha situación resultaría razonable que el Estado financie de manera extraordinaria y temporal la contratación de servidores públicos no permanentes, como parte de las medidas extraordinarias, al posibilitar la transferencia de partidas económicas temporales para financiar actividades transitorias. Es el caso del Decreto de Urgencia n.º 115-2020, que autorizó la contratación de obreros municipales para un período excepcional y transitorio a fin de atender necesidades focalizadas y temporales, como las actividades de fiscalización destinadas a la recuperación de espacios públicos, el ordenamiento urbano y la seguridad local, para prevenir el avance de la pandemia de la COVID-19, producto de la aglomeración de personas en espacios públicos focalizados.
8. En ese sentido, sería irrazonable no ponderar dicha situación de emergencia y convertir un puesto de trabajo transitorio en uno indeterminado, pese a la habilitación legal que generó la contratación

transitoria, y el órgano jurisdiccional no podría invalidar dicha contratación por considerar que el CAS solo es aplicable a los empleados municipales, así como tampoco bajo el argumento de que el artículo 37 de la LOM excluye la contratación de obreros municipales bajo el CAS, toda vez que dicha interpretación maximalista no se condice con la adecuada interpretación de la ley, y sería contradictorio con el propio argumento del voto ponente que sostiene que sí se podría contratar al obrero municipal bajo el CAS si el legislador así lo dispone, como ocurre en el caso CAS obrero del Decreto de Urgencia n.º 115-2020.

5.18. En ese sentido, únicamente será válida la contratación CAS de obreros municipales para la realización de labores temporales o transitorias con la existencia previa de una norma autoritativa con rango de ley. Ahora bien, con la finalidad de que dicho supuesto no sea deformado, es necesario que se establezcan las reglas para dicha contratación.

VI. REGLAS INTERPRETATIVAS PARA LA CONTRATACIÓN CAS DE UN OBRERO MUNICIPAL

Conforme a lo discernido, la contratación de obreros municipales bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, para el caso de servicios transitorios o temporales, debe tener como objeto y límite lo siguiente:

- (i)** Debe obedecer a la naturaleza especial y específica del servicio requerido;
- (ii)** el servicio especial y específico tiene que ser de naturaleza transitoria o temporal; **(iii)** el tiempo máximo de contratación no podrá exceder el año fiscal y no son posibles las prórrogas; **(iv)** debe responder a objetivos planificados y con control de resultados, para resolver una problemática coyuntural extraordinaria, que tenga como justificación objetiva impactos naturales, sanitarios, u otros de naturaleza homóloga; **(v)** el requerimiento debe tener un inicio y un fin en forma anterior a la contratación; **(vi)** esta contratación especial no debe ser utilizada para la contratación de obreros que por la naturaleza específica del servicio deben ser contratados bajo algún régimen especial —que no sea el CAS—, como sería el caso de obreros municipales

bajo el régimen de construcción civil; **(vii)** esta contratación especial no podrá ser utilizada para cubrir plazas vacantes y presupuestadas del régimen 728, sean indeterminadas o modales; **(viii)** en todos los casos se debe preferir la contratación de obreros bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 728, únicamente será posible la contratación de un obrero CAS si no existe plaza vacante y presupuestada del Decreto Legislativo n.º 728; **(ix)** debe existir una norma con rango de ley autoritativa para la contratación CAS de obreros municipales; **(x)** es necesario el ingreso por concurso público, independientemente de si se trata de obreros o de empleados municipales.

Asimismo, es necesario señalar que para los servicios permanentes, el régimen aplicable a los obreros municipales es el Decreto Legislativo n.º 728 (sea de naturaleza indeterminada o modal).

VII. NECESIDAD DE CONCURSO PÚBLICO

El artículo 12 del Decreto Legislativo n.º 276 —que regula el régimen general de las carreras administrativas— establece expresamente el requisito del «concurso de admisión», para el acceso a la carrera, sin hacer distinción alguna, al igual que los regímenes laborales especiales, incluido el CAS, que estipulan el acceso por concurso público como una condición imperativa.

Cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley n.º 28175, Marco del Empleo Público: «El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades», de manera que queda meridianamente claro que, de forma independiente al régimen común o especial de la contratación de los servidores públicos, o a la actividad que van a desempeñar, incluso si forman parte de una institución pública con línea de carrera o no, su ingreso al empleo público debe llevarse a cabo a través del concurso público.

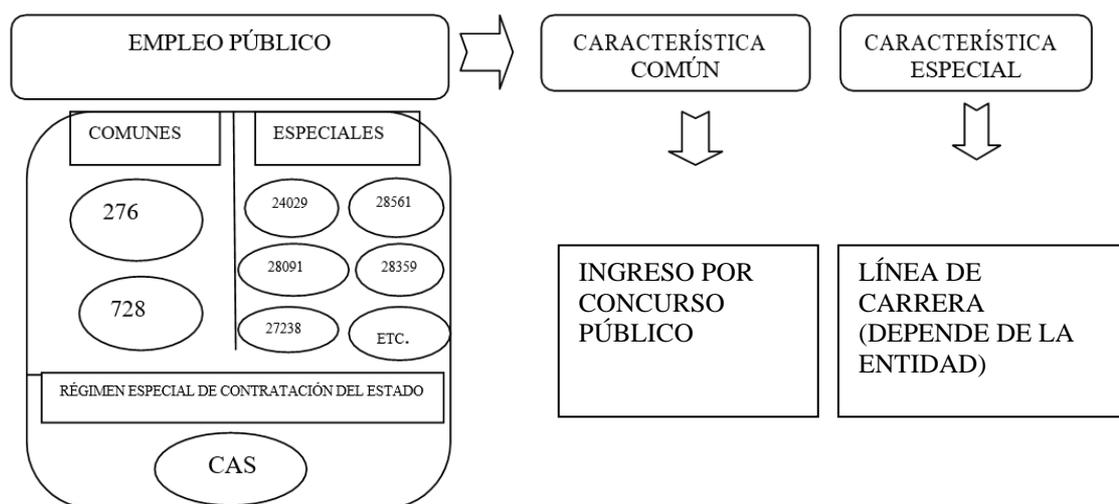
En el caso de los trabajadores obreros, se asume el criterio errado de que en tanto este grupo de trabajadores no pertenecen a una carrera administrativa no les es exigible un concurso público de méritos, sin tener en cuenta que el hecho de que no exista carrera administrativa no supone que no se exija, como premisa de acceso al empleo público, el concurso de méritos, bajo criterios objetivos de selección, adecuados al estándar de lo que exige el puesto laboral.

Si la Constitución incorpora el principio meritocrático para vincularse al Estado y participar en el empleo público, en el caso particular de los obreros municipales, lo razonable más bien sería graduar el nivel de dificultad de los requisitos para ser elegible como obrero, conforme al estándar que fijen los instrumentos —CAP— de la institución receptora, antes que eliminar de plano el concurso público, pues aunque sean obreros y la naturaleza de sus funciones sea preponderantemente manual, ello no supone la no existencia de criterios objetivos de selección y que estemos a merced de la simple voluntad de los empleadores de turno, quienes además ocupan un puesto de representación política transitoria.

En ese sentido, construir la ecuación de trabajo manual igual al ingreso sin concurso público contraviene el principio de la igualdad de oportunidades, pues solamente se permite que accedan al empleo público aquellos obreros señalados por las autoridades y/o funcionarios de turno, lo que elimina la posibilidad de acceso al resto de los ciudadanos; la calidad de los servicios públicos que brinda el Estado; la lucha contra la corrupción (en razón a que el ingreso del obrero municipal va a depender en estricto de la voluntad de las autoridades políticas); asimismo, genera una barrera para el propio trabajador, ya que lo aleja de ser aspirante a un puesto público, en igualdad de condiciones que los profesionales, los técnicos u otros, por haber demostrado poseer los conocimientos y/o la experiencia para desempeñar las actividades requeridas. Esto constituye a la larga un limitante en su progresión laboral, ya que se desvanece la posibilidad de crearle una línea de carrera para mejorar sus remuneraciones, como ya algunos municipios del Perú vienen implementando, cítese el caso de la Municipalidad de Surco.

Por estas razones, antes que rechazar de plano el ingreso por concurso público de méritos, debería hacerse un esfuerzo por crear procedimientos estandarizados de selección de los obreros municipales para promover que las entidades públicas regionales o locales cuenten con servidores civiles idóneos de acuerdo con los perfiles de puestos y sobre la base de los principios de meritocracia —igualdad de oportunidades— y transparencia.

Cabe tener en cuenta que según nuestro ordenamiento legal, en toda la esfera del empleo público, independientemente del régimen común o especial, el concurso público es la característica intrínseca para el ingreso al servicio público. Asimismo, dependiendo de la previsión legal, algunas entidades tendrán línea de carrera y otras no, conforme se aprecia del siguiente gráfico.



Estas características diferencian al empleo público del empleo privado, cuyo régimen común es el Decreto Legislativo n.º 728, y los especiales, que pueden distinguirse en dos aspectos: tamaño de la empresa (micro, pequeña o grande) o según industrias (minería, agraria, construcción, etc.) y que para el acceso al empleo no se requiere el concurso público.

En ese sentido, argumentar que el servicio público bajo el Decreto Legislativo n.º 728 hace innecesario el ingreso por concurso público, significaría deformar el contenido intrínseco del empleo público, que se cimienta en el principio de igualdad de oportunidades y la meritocracia para el acceso y la progresión. Ello supondría que entre la esfera privada y la esfera

pública no existe ninguna diferencia, lo que no es un argumento aceptable en un Estado de derecho constitucional.

VIII. ANÁLISIS DEL CASO

Conforme se advierte de los antecedentes del caso, el demandante ocupó el cargo de auxiliar de recolección de residuos sólidos (limpieza pública), desde el nueve de setiembre del dos mil diecinueve hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil veintiuno; en todo momento fue contratado bajo el régimen CAS; esto conforme a las boletas presentadas (folios 4, 5, 17 y 18), los contratos CAS (folios 6 a 10) y las adendas (folios 12 a 16).

Evaluados los contratos suscritos por el demandante, su contratación tuvo como finalidad atender servicios de naturaleza permanente y no transitoria, y tampoco existió una norma con rango de ley que autorizara su contratación CAS.

En ese sentido, los contratos CAS suscritos por el demandante son inválidos en razón a que la contratación que correspondía al demandante era bajo el régimen del Decreto Legislativo n.º 728, conforme a lo señalado en el artículo 37 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; en consecuencia, corresponde **amparar** las causales de casación denunciadas.

IX. DECISIÓN

d) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Luis Saldaña Rojas**, mediante escrito presentado el veintidós de junio del dos mil veintidós, que corre en fojas noventa y tres a ciento cuatro; y, en consecuencia, **CASARON la sentencia de vista** de fecha catorce de junio del dos mil veintidós, que corre en fojas ochenta y tres a noventa y dos; **y actuando en sede de instancia, CONFIRMARON la sentencia apelada** de fecha dieciséis de marzo del dos mil veintidós, que corre de fojas sesenta y dos a setenta y uno, que declaró **fundada en parte** la demanda; en el proceso seguido contra la demandada, **Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo**, sobre reconocimiento de vínculo laboral y otros.

e) **ESTABLECER** que constituyen **PRECEDENTE VINCULANTE** las siguientes reglas:

(1) «El régimen común o general del obrero municipal es el Decreto Legislativo n.º 728»;

(2) «La contratación del obrero municipal bajo contratos administrativos de servicios CAS únicamente será válida si y solo si se cumplen de forma concurrente el objeto, los límites y los requisitos señalados en el fundamento VI de la presente resolución».

f) **SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el *Diario Oficial El Peruano* y en la página web del Poder Judicial, y tendrá efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso de reconocimiento de vínculo laboral y otros, seguido contra la Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo; y lo devolvieron.

S. S.

Arias Lazarte
Carlos Casas

Beg

IX. VOTO EN MINORÍA JUEZ SUPREMO BUSTAMANTE DEL CASTILLO

Respetuosamente, debo señalar mi disidencia con la ponencia suscrita por la mayoría, por las siguientes razones:

I. CONSIDERANDO

A. Las normas laborales en el ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico constitucionalizado

1. El conjunto de normas que conforman el derecho laboral no constituye una parcela de normas caóticas, desconectadas o aisladas del resto de las normas jurídicas, sino que forma parte de un ordenamiento; es decir, es parte de una compleja organización³⁰ de normas relacionadas entre sí, interdependientes y sistematizadas. En este sentido:

³⁰ Bobbio señala al respecto:

[...] la teoría del ordenamiento jurídico constituye una integración de la teoría de la norma jurídica. [...] digamos que no ha sido posible definir el derecho colocándonos en el punto de vista de la norma jurídica, considerada aisladamente, hemos tenido que ampliar nuestro horizonte hasta abarcar la consideración del modo con el cual una determinada norma es eficaz por una compleja organización que determina la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución. Esta compleja organización es el producto de un ordenamiento jurídico, lo que significa entonces que una definición satisfactoria del derecho es solo posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico (BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2002, p. 143).

[El] ordenamiento no es ya un conjunto de normas cualquiera, sino más bien un conjunto de normas «estructurado». La estructura, a la que se alude, consiste banalmente en esto: que las normas que componen un ordenamiento no están recíprocamente desconectadas y son entre sí independientes, sino que, por el contrario, tienen relaciones las unas con las otras.

En este contexto, importa mencionar al menos dos relaciones relevantes: la (doble) relación de «fundamentar», y la (múltiple) relación «jerárquica»³¹.

2. Esta idea de ordenamiento comprende también a las normas constitucionales³². Sin embargo, las normas constitucionales no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que además se proyectan sobre el resto de las normas en este proceso que se ha denominado como constitucionalización del ordenamiento jurídico. Refiere Guastini:

[...] por «constitucionalización del ordenamiento jurídico» propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales³³.

³¹ GUASTINI, Riccardo. «Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2004, p. 259. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/2004-n27-proyecto-para-la-voz-ordenamiento-juridico-de-un-diccio/pdf>

³² Guastini sobre la idea de ordenamiento como sistema señala lo siguiente:

La expresión «constitucionalización del ordenamiento jurídico» puede ser empleada en no menos de tres significados

- 1) En un primer sentido [...] para referirse a la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento que anteriormente carecía de ella.
- 2) En un segundo sentido, [...] para referirse a aquel proceso histórico-cultural que (entre los siglos XVII y XVIII) ha transformado en jurídica la relación política entre soberano y súbditos. [...]
- 3) En un tercer sentido se habla hoy en día de constitucionalización para referirse a un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por normas constitucionales. [...] (GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 175-176).

³³ GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano* (trad. de José Ma. Lujambio). En CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta/UNAM, 2009, p. 153.

3. Las normas convencionales ratificadas por el Estado peruano vinculadas a la protección de los derechos humanos constituyen también parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento y, como tal, despliegan un efecto irradiante sobre el resto del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 047-2004-AI/TC se ha pronunciado al respecto:

22. Adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55.º de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional —conforme al artículo 55.º de la Constitución— sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

Coherencia, consistencia y antinomias en el ordenamiento jurídico

4. En esta compleja organización de normas relacionadas entre sí, interdependientes y organizadas, puede suceder que dos normas establezcan para un mismo supuesto de hecho singular y concreto consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. Dicho de otro modo, se producen antinomias en los supuestos en que un caso concreto es susceptible de diversas y opuestas soluciones. Por tanto, podría suceder que un cierto caso fuese decidido en un determinado modo por parte de un juez, y en otro caso, en todo análogo al

primero, fuese decidido en modo opuesto, en evidente violación al principio de igualdad y del valor de la certeza del derecho³⁴.

5. De esta manera, en un ordenamiento coherente y pleno³⁵, en cuanto se adviertan antinomias, el sistema debe proporcionar los criterios que permitan la solución de estas, en la perspectiva de generar esa unidad consistente y sistematizada del ordenamiento. Señala la doctrina:

La consistencia (consistency) exige algo menos que la coherencia: consiste simplemente en la carencia de antinomias, conflictos lógicos, incompatibilidades, entre normas. No obstante:

(a) Primero, las normas existentes en un ordenamiento hayan sido dictadas en tiempos distintos, en circunstancias distintas por las más diversas autoridades normativas, siguiendo cada una de ellas una política jurídica propia (eventualmente en conflicto con la de otras autoridades). Tales normas no son consistentes ni podría serlo. Por tanto, en todo ordenamiento hay antinomias [...]

(b) Segundo, estas antinomias deben ser ciertamente resueltas (lo exigen el ideal de igualdad y el ideal de certeza en el Derecho). Y es por esto por lo que todo ordenamiento incluye criterios de solución de antinomias, tales como «lex posterior» y «lex superior». Pero la existencia de tales criterios no implica que el ordenamiento sea consistente: implica que puede hacerse consistente, ser «sistematizado» [...]

(c) Tercero, los criterios de solución de antinomias no son susceptibles de una aplicación mecánica³⁶.

6. A partir de la exigencia de coherencia y consistencia del ordenamiento jurídico³⁷, se ha venido consolidando la existencia de criterios o principios para

³⁴ GUASTINI, *op. cit.*, 2016, p. 253.

³⁵ Bobbio señala como características del sistema u ordenamiento jurídico: la unidad, la coherencia y la plenitud. En este sentido indica:

En primer lugar, se trata de saber si estas normas constituyen una unidad, y en qué forma la constituyen. El problema fundamental que debe discutirse a este propósito es el de la jerarquía de las normas. [...]

En segundo lugar, se trata de saber si el ordenamiento jurídico constituye un sistema más que una unidad. El problema fundamental que se discute a este propósito es el de las antinomias jurídicas. [...]

Todo ordenamiento jurídico, unitario y tendencialmente (por no decir efectivamente) sistemático, pretende también ser completo. El problema fundamental que se discute es el de las denominadas *lagunas* del derecho [...] (BOBBIO, *op. cit.*, p. 152).

³⁶ GUASTINI, *op. cit.*, 2004, p. 271.

la solución de antinomias, entre ellos el criterio cronológico, el jerárquico y el de especialidad. No obstante, la aplicación de estos criterios no supone una actuación irreflexiva, mecánica o exenta de razones, en la medida en que es exigencia constitucional la justificación de la premisa normativa de la decisión judicial (justificación externa).

7. Estos criterios (principios según el Tribunal Constitucional), dentro de la perspectiva de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, tienen un origen normativo y han sido asumidos como tales por el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 047-2004-AI/TC³⁸:

El principio de jerarquía

55. La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás pautas jurídicas restantes. En esa perspectiva el

³⁷ No obstante, debemos señalar que Bobbio establece la existencia de antinomias solubles y antinomias insolubles; sobre estas últimas precisa lo siguiente:

Dos son las razones por las cuales no todas las antinomias se pueden resolver:

1. Hay casos de antinomias a los cuales no se les puede aplicar ninguna de las reglas ideadas para la solución de antinomias.
2. Hay casos en los cuales se pueden aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí (BOBBIO, *op. cit.*, p. 191).

³⁸ El Tribunal Constitucional, además del criterio jerárquico, cronológico y de especialidad, ha señalado la existencia de otros «principios» para la resolución de antinomias. La mayoría de estos principios están alejados de la idea central de las «antinomias» y en todo caso se refieren a relaciones diferentes, tales como el principio de subsidiariedad, de complementariedad, de envío, etc., por lo que no serán asumidas por esta Sala Suprema como principios aplicables para la solución de antinomias.

El Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 047-2004-AI/TC ha indicado lo siguiente:

2.2.1.1.4. Principios aplicables para la resolución de antinomias

54. A lo largo de la historia del derecho la legislación de cada país ha establecido principios de esta naturaleza, ya sea de forma explícita o implícita.

En relación a ello, se pueden citar los diez siguientes:

- a) *Principio de plazo de validez [...]*
- b) *Principio de posterioridad [...]*
- c) *Principio de especificidad [...]*
- d) *Principio de favorabilidad [...]*
- e) *Principio de envío [...]*
- f) *Principio de subsidiariedad [...]*
- g) *Principio de complementariedad [...]*
- h) *Principio de suplementariedad [...]*
- i) *Principio de ultractividad expresa [...]*
- j) *Principio de competencia excluyente [...]*

principio de jerarquía deviene en el canon estructurado del ordenamiento estatal.

[...]

Con referencia a este principio estructurado del sistema, el artículo 51.º de la Constitución dispone que:

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

54. [...]

b) Principio de posterioridad

Esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de ulterior vigencia en el tiempo. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103º de la Constitución y en el artículo 1º del Título Preliminar del Código Civil.

c) Principio de especificidad

Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico.

En suma, se aplica la regla de *lex posteriori generalis non derogat priori specialis* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial).

8. De este modo, ante la existencia de una antinomia o conflicto entre dos o más normas del ordenamiento jurídico para la solución de un caso concreto, el órgano jurisdiccional no debe actuar arbitrariamente; sino que la selección de la norma aplicable requiere de una justificación razonable, en consideración a los criterios señalados en el punto anterior, entre otros.

9. No obstante, como un proceso previo o anterior a la verificación de estas antinomias, las disposiciones normativas acusadas de presunta contradicción deben ser interpretadas. En la hipótesis de que la disposición o el enunciado normativo sea objeto de diversas interpretaciones o significados posibles

(normas), la interpretación previa puede permitir la compatibilización de normas potencialmente conflictivas mediante la interpretación (principalmente adecuada) y de esta manera resolver el conflicto sin necesidad de acudir a los criterios de solución de antinomias. Así, refiere Guastini³⁹:

La consistencia (*consistency*) exige algo menos que la coherencia: consiste simplemente en la carencia de antinomias, conflictos lógicos, incompatibilidades, entre normas. No obstante:

[...]

En primer lugar, estos criterios presuponen la interpretación de los textos normativos en cuestión, puesto que solo la interpretación puede identificar las antinomias: no hay antinomias antes de la interpretación. Es sabido que la interpretación puede evitar las antinomias (es el caso, por ejemplo, de la interpretación adecuada). Pero si la interpretación puede evitar antinomias, entonces también puede crearlas.

B. La interpretación en el ordenamiento jurídico

La interpretación

10. La interpretación puede ser entendida como una actividad o como el «resultado» de esa actividad⁴⁰. Esta dificultad inicial permite advertir los problemas que presenta la interpretación de las disposiciones normativas y, particularmente, los problemas que puede implicar la interpretación como «resultado» de la actividad interpretativa. A manera de ejemplo, Borges en «Pierre Menard, autor del Quijote» hace referencia a dos textos idénticos que, sin embargo, en consideración al autor y al tiempo (una suerte de interpretación evolutiva), no tienen el mismo significado.

Es una revelación cotejar el don Quijote de Menard con el de Cervantes. Este, por ejemplo, escribió (Don Quijote, primera parte, noveno capítulo):

... la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.

³⁹ GUASTINI, *op. cit.*, 2004, p. 271.

⁴⁰ Guastini apunta además cuatro ambigüedades del vocablo interpretar: (a) proceso vs. producto; (b) abstracción vs. concreción; (c) cognición vs. decisión; y (d) interpretación vs. construcción jurídica (GUASTINI, *op. cit.*, 2016, pp. 327-333).

Redactada en el siglo diecisiete, redactada por el «ingenio lego» Cervantes, esa enumeración es un mero elogio retórico de la historia. Menard, en cambio, escribe:

... la verdad, cuya madre es la historia émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.

La historia, *madre* de la verdad; la idea es asombrosa. Menard, contemporáneo de William James, no define la historia como una indagación de la realidad sino como su origen. La verdad histórica, para él, no es lo que sucedió; es lo que juzgamos que sucedió. Las cláusulas finales —*ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir*— son descaradamente pragmáticas⁴¹.

Disposición vs. norma

11. Antes de ingresar en un escenario interpretativo, debemos establecer las diferencias entre disposición normativa y norma. En este sentido, como refiere el Tribunal Constitucional⁴², debemos asumir que una norma es el resultado de la interpretación de una disposición o un enunciado normativo. Señala Guastini⁴³ al respecto:

[...]

1. Llamo «disposición» a cada enunciado que forma parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes.

2. Llamo «norma» a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones).

En otros términos, se puede también expresar así: la disposición es (parte de) un texto aún por *interpretar*, la norma es (parte de) un *texto* interpretado.

⁴¹ BORGES, Jorge Luis. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1974, p. 446.

⁴² El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Exp. n.º 0001-2018-PI/TC, reitera o acoge la tesis de Guastini para establecer la diferencia entre disposición jurídica y norma.

⁴³ GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs. norma* (Susanna Pozzolo y Rafael Escudero, eds.). Lima: Palestra, 2011, p. 136.

12. En esa medida, el resultado de esa actividad interpretativa implica esencialmente atribuir sentido a un texto o a una disposición normativa⁴⁴. Esta atribución o dotación de significado, considerando los problemas de ambigüedad y vaguedad del lenguaje con el que están construidas las disposiciones normativas y otros factores que conducen a la equivocidad de los textos normativos, resulta una actividad necesaria e ineludible para el operador jurídico. Señala Guastini⁴⁵:

2. DISPOSICIONES Y NORMAS

La equivocidad de los textos normativos impone distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos formulados en las fuentes del Derecho —las «disposiciones», como se suele decir— y las normas, entendidas como significados; entre ambos, en efecto, no se da una correspondencia biunívoca. Ello por tres razones principales:

(i) Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente.

(ii) Muchos enunciados normativos (quizá todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente.

(iii) Además, según el sentido común de los juristas, todo sistema jurídico está superpoblado de normas «inexpresas», es decir, normas a las cuales no corresponde ningún enunciado normativo porque ninguna autoridad normativa las formuló (muchos «principios generales del Derecho» pertenecen a esta categoría).

⁴⁴ No obstante, refiere también que en el lenguaje de los juristas la palabra «interpretación» sufre una múltiple ambigüedad: es ambigua bajo (al menos) cuatro aspectos (GUASTINI, 2011, parte i, cap. ii).

Sobre este punto refiere también Guastini:

Sin embargo, en la literatura se encuentra también un concepto más estricto de interpretación. Varios autores distinguen la interpretación propiamente dicha, entendida como solución de dudas sobre el significado, de la (mera) comprensión. Es decir, según esta definición, se interpreta solo cuando no se comprende, y en cambio cuando se comprende no se interpreta («in claris non fit interpretatio»). Cfr., e. g., Wróblewski, 1983 y 1989; Marmor, 1992; Diciotti, 1999; Lifante, 1999 y 2010. Esta manera de ver (comprometida con una teoría ingenua de la interpretación) suena problemática por varias razones. Entre otras, la siguiente: la comprensión inmediata de un texto parece ser nada más que una forma de interpretación —la interpretación *prima facie*— distinta, en cuanto tal, de otras formas (distinta, en particular, de la interpretación “all things considered”). Cfr. Diciotti, 1999, cap. IV (GUASTINI, Riccardo. «Interpretación y construcción jurídica». *Isonomía*, n.º 43, 2015, p. 12. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a2.pdf>).

⁴⁵ GUASTINI, *op. cit.*, 2016, p. 253.

13. En suma, considerando que una disposición normativa puede originar diversas interpretaciones (normas), debemos establecer que este hecho no habilita al intérprete para asignar un significado arbitrario a una disposición normativa, sobre todo si estas disposiciones normativas pueden dar lugar a diversas normas o tesis interpretativas. En estos casos, es obligación del juez dar las razones por las que establece o asigna un significado a una disposición normativa dentro del ordenamiento jurídico. Esta justificación, en el ámbito interpretativo, está esencialmente vinculada al uso de técnicas, criterios o métodos de interpretación razonables, admitidos por nuestro sistema jurídico.

14. En nuestro ordenamiento, no existen normas que establezcan reglas o los criterios que debe asumir el intérprete para justificar una interpretación. Esta esencialmente es una contribución de la doctrina y de la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema⁴⁶ suelen mencionar a los clásicos métodos de interpretación desarrollados por Savigny: literal, histórico, teleológico-finalista, sistemático. No obstante, debemos señalar que este catálogo no constituye un enunciado *numerus clausus*; sino un espacio abierto en el que pueden incluirse otros métodos, criterios o técnicas de interpretación que hagan razonable el proceso de interpretación y su resultado.

15. De esta manera, asumiendo que la necesidad de interpretar no solo deriva de la equivocidad de los textos normativos, sino también de la multiplicidad de

⁴⁶ Así por ejemplo en el Exp. n.º 01735-2010-PA/TC, sobre los métodos de interpretación, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

5. En el caso de autos la Sala, haciendo uso de los métodos interpretativos (gramatical, sistemática y finalista) que le provee la doctrina y la jurisprudencia llegó a la conclusión a través de la interpretación del artículo 1.º de la Ley n.º 25129 y del artículo 26.2.º de la Constitución Política del Perú que la asignación familiar correspondía a todos los trabajadores de la actividad privada. De esta manera se evidencia que lo realmente realizado por la Sala fue *una interpretación de la Ley (Ley n.º 25129) conforme a la Constitución (artículo 26.2.º)*, es decir, una interpretación de la ley apoyada, basada y consultada en la Norma Fundamental, lo cual resulta totalmente justificado desde el punto de vista constitucional, en razón de los postulados del nuevo Estado Constitucional de Derecho.

métodos interpretativos, de la dogmática jurídica y de los sentimientos de justicia de los intérpretes⁴⁷, Guastini propone la siguiente sistematización⁴⁸:

I. La interpretación declarativa

1. El argumento del lenguaje común
2. El argumento a contrario como argumento interpretativo
 - a) El argumento a contrario como argumento productor
 - b) El argumento a contrario y lagunas del derecho

II. La interpretación correctora

1. La interpretación extensiva
 - a) El argumento *a simili*
 - b) El argumento *a fortiori*
2. La interpretación restrictiva
El argumento de la disociación
3. Otras técnicas de interpretación correctora
 - a) La interpretación sistemática
 - b) La interpretación adecuadora
4. Interpretación «histórica» e interpretación evolutiva

16. En el escenario laboral, debemos asumir además que la Constitución⁴⁹ contiene una disposición expresa que debe observarse en la interpretación de las disposiciones laborales: la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. Dicho de otro modo, cuando el juez laboral considere que una disposición laboral (interpretada dentro del ordenamiento jurídico) pueda tener varios significados (normas), debe optar por aquel significado (norma) que en el caso favorezca más al trabajador.

Interpretación de los principios constitucionales y convencionales

⁴⁷ GUASTINI, *op. cit.*, 2016, p. 338.

⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1999.

⁴⁹ Constitución de 1993

Artículo 26. En la relación laboral, se respetan los siguientes principios.

[...]

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

17. Desde una perspectiva analítica, son diversos los sentidos de la expresión «principios» en el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia⁵⁰. No obstante, asumiendo que en el caso se ha puesto en cuestión el principio convencional de progresividad, consideraremos que la misma constituye una norma programática inscrita en la idea de perseguir una mejora en los DESCA (derechos sociales, económicos, culturales y ambientales) por los Estados suscriptores del convenio.

18. Asimismo, debemos establecer que los criterios o métodos de interpretación de los principios constitucionales y convencionales son diferentes a los que se utilizan en la interpretación de disposiciones legales. Las razones, entre otras, son las siguientes⁵¹:

- a) Los textos constitucionales son diferentes a cualquier otro texto normativo, en cuanto disciplinan la materia constitucional, entre ellos los derechos fundamentales.
- b) Los textos constitucionales no se limitan a formular reglas, sino que establecen principios y/o proclaman valores.
- c) Los textos constitucionales son diferentes a otros textos normativos porque regulan las relaciones políticas.

⁵⁰ Debemos establecer que la idea de principios jurídicos y principios generales del derecho tiene diversos significados. Es importante mencionar en el caso el texto de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero:

- a) Principio en el sentido de norma muy general.
- b) Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos.
- c) Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines.
- d) Principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico.
- e) Principio en el sentido de norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad puede ser relativamente bajo.
- f) Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídica y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable.
- g) Principio en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo (ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. «Sobre principios y reglas». *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 10, 1991, pp. 101-120. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1991-n10-sobre-principios-y-reglas/pdf>).

⁵¹ GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM/Editorial Trota, 2008, pp. 53-59.

d) Los textos constitucionales están hechos para durar en el tiempo, su finalidad es ofrecer una organización estable a los poderes públicos como también a las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos.

19. Esta Sala Suprema debe señalar (con excepción de las regulaciones políticas contenidas en la Constitución) que los principios o las normas convencionales comparten las características señaladas en los puntos anteriores. Entre ellas, destaca el hecho de que las normas convencionales no se limitan a formular reglas, sino que esencialmente contienen principios y valores.

20. Siguiendo a Hesse⁵², debemos asumir también que la interpretación constitucional, a diferencia de la interpretación de las leyes, tiene ciertas particularidades que van desde la idea de concretización de las normas constitucionales, principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, fuerza normativa de la Constitución) hasta las limitaciones de la interpretación constitucional.

21. En este particular ámbito, el denominado principio de progresividad debe ser interpretado como un principio (programático) y no como si fuera una regla o una simple disposición normativa. Sobre la idea de principio, refiere Guastini⁵³:

Ahora bien, se puede acordar que una regla es un enunciado condicional que conecta alguna consecuencia jurídica con una clase de hechos. «Si F, entonces G».

El concepto de principio, por el contrario, es más complicado, es, además, controvertido. Se puede conjeturar que en nuestra cultura jurídica se considera principio a toda norma que presente conjuntamente dos características:

(A) Por un lado, que tenga carácter fundamental, y

⁵² HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 63.

⁵³ GUASTINI, Riccardo. «La interpretación de la Constitución». En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México D. F.: UNAM, 2015, pp. 2028-2029.

(B) Por el otro, que se encuentre afectada por una peculiar forma de indeterminación.

22. Desde otro punto de vista, estos principios constituyen mandatos de optimización, o normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes⁵⁴ o, como refiere Dworkin:

normas que deben ser observadas porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el derecho —constituyendo este, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para criticar la separación conceptual entre derecho y moral⁵⁵.

C. El principio de progresividad

Las disposiciones convencionales sobre progresividad

23. Son diversas las normas convencionales que han consagrado el principio de progresividad como principio convencional. En el caso, entre otras disposiciones convencionales, señalaremos las siguientes:

Declaración Universal de Derechos Humanos

Preámbulo

[...]

La Asamblea General,

Proclama la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

⁵⁵ Citado por RUIZ RUIZ, Ramón. «La distinción entre reglas y principios y sus implicancias en la aplicación del derecho». *Derecho y Realidad*, n.º 20, pp. 143-166. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4860/3952/10924

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁶

Artículo 2

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

La interpretación o concreción del principio de progresividad

24. El principio de progresividad constituye uno de esos principios convencionales indeterminados, al que es necesario dotarle de concreción y contenido a través de la interpretación⁵⁷ para efectos de su aplicación o de un eventual control de convencionalidad.

25. El principio de progresividad fue definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, creado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su Observación General n.º 3 («La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del art. 2.º del Pacto», 5.º Período de Sesiones, 14/1290), en los siguientes términos:

«[...] el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, [...] [l]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general [...] que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y

⁵⁶ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

⁵⁷ Refiere Hesse: «60. La interpretación constitucional es “concretización” (*konkretisierung*). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución, es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata» (HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 63).

eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga»⁵⁸.

26. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Acevedo Buendía, ha establecido lo siguiente sobre el principio de progresividad:

102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos «no podrá lograrse en un breve período de tiempo» y que, en esa medida, «requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad». En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, **siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido.**

103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber —si bien condicionado— de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho [...] En la misma línea, **la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá «determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso».** Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

27. La Corte Constitucional colombiana, en este mismo sentido, ha concretizado el principio de progresividad como una obligación de los Estados

⁵⁸ Exp. n.º 00016-2008-PI/TC.

para lograr la plena eficacia de los derechos económicos, sociales y ambientales (DESCA) y en esta perspectiva ha desarrollado la tesis de la presunción de inconstitucionalidad *prima facie* del retroceso en materia de derechos sociales y el establecimiento de las bases de un test de progresividad para establecer si la legislación o reforma es contraria a este principio: Sentencia C-228/11.

2.2. Igualmente se debe tener en cuenta que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ya que específicamente se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que, «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a **una mejora continua de las condiciones de existencia...**».

[...]

2.7. Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe *prima facie* la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de estos derechos. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad *prima facie* del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,

«[...] Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta, sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta

Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social».

28. De esta manera, debemos considerar que el principio de progresividad, como principio programático, constituye un objetivo general de los Estados, una exigencia que debe ser realizada en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y recursos económicos y financieros existentes, por lo que le corresponde al Estado adoptar todas las providencias necesarias (incluyendo las legislativas) para responder a las exigencias de efectividad de los derechos económico-sociales señalados en la Constitución o en las normas convencionales. En estos casos, inclusive puede adoptar medidas de regresividad de algunos DESCAs, justificadamente.

D. Los principios laborales

Los principios del derecho laboral

29. Una de las características que sostienen la autonomía de las diversas ramas del derecho es la existencia de principios «propios» que informan y que irradian sus efectos sobre esa rama del ordenamiento jurídico. Estos principios pueden ser explícitos o directamente formulados por el legislador (incluido el poder constituyente) e implícitos o aquellos formulados inductiva o deductivamente por los intérpretes de la Constitución y de la ley (en consideración a las razones subyacentes de las normas). El derecho laboral, como rama autónoma del derecho, posee también esta característica; es decir, tiene principios explícitos e implícitos que se proyectan e informan las normas que lo constituyen.

30. Dentro de las diversas concepciones de principios que puede observarse en el derecho⁵⁹, existen algunos principios del derecho del trabajo dirigidos a los operadores jurídicos, que constituyen indicaciones o mandatos generales,

⁵⁹ ATIENZA y RUIZ MANERO, *op. cit.*

de cómo seleccionar la norma aplicable o cómo interpretarla en consideración a favorecer o proteger al trabajador (parte más débil de la relación laboral teniendo en cuenta una presunta relación asimétrica empleador-trabajador). Américo Plá Rodríguez, en un texto publicado en 1978, ha desarrollado el denominado principio protector⁶⁰, algunas de cuyas «reglas» generan cierta resistencia, en consideración a la coherencia y la consistencia de nuestro ordenamiento:

- a) Regla *in dubio pro operario*, criterio que debe utilizar el juez o el aplicador del Derecho al interpretar la norma. En caso de haber varios sentidos posibles, elegirá la que sea más favorable para el trabajador.
- b) Regla de la norma más favorable. La situación suscitada se da al haber más de una norma aplicable, y se deberá optar por aquella que sea más favorable para el trabajador. Esta operación se hará, aunque la misma no hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.
- c) Regla de la condición más beneficiosa. La aplicación de una nueva norma nunca debe servir para afectar o ir en detrimento de las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

Los principios laborales de los servidores públicos de acuerdo con el Tribunal Constitucional

31. En el escenario de principios desarrollados analíticamente por Atienza y Ruiz Manero, debemos señalar la existencia de principios constitucionales explícitos e implícitos de carácter laboral, concretizados por el Tribunal Constitucional⁶¹. Estos principios deben ser observados por los jueces de la República.

- a) El principio de igualdad de oportunidades sin discriminación

⁶⁰ Citado por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «El principio protector en el derecho procesal del trabajo». *Derecho PUCP*, n.º 48, 1994, pp. 149-169. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6718/6833>

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2006, pp. 213-242.

- b) El principio de la irrenunciabilidad de derechos reconocidos por la Constitución y la ley
- c) *In dubio pro operario*
- d) Principios de razonabilidad y proporcionalidad
- e) Principio de legalidad
- f) Principio de la primacía de la realidad
- g) Principio de continuidad
- h) Principio de inmediatez
- i) Principio de la buena fe

32. Asimismo, dentro del ámbito de las relaciones laborales de la Administración pública, debemos señalar la existencia de otros principios constitucionales que se proyectan sobre las relaciones laborales de los servidores públicos, sea el régimen laboral que les corresponda (D. Leg. n.º 276, D. Leg. n.º 728, D. Leg. n.º 1057, entre otros). Este es el caso, por ejemplo, de los principios de igualdad en el acceso a la función pública, meritocracia, legalidad y equilibrio presupuestal, etc., que pueden constituir límites a los principios laborales señalados en el punto anterior⁶², por lo que es necesario armonizarlas por las razones siguientes:

- a) El Estado es el empleador y en esta medida el contrato laboral está relacionado con las normas administrativas. En el caso, por ejemplo, debe observarse el principio de legalidad y equilibrio presupuestal, de igualdad en el acceso a la función pública, meritocracia, etc.
- b) La contratación —a diferencia del sector privado— no puede efectuarse como un acto de libre albedrío del empleador. En esta medida, en la contratación de servidores públicos —incluye a los obreros de las municipalidades— se tienen que observar principios constitucionales y convencionales, como el de igualdad de acceso a la función pública, concurso público de méritos, existencia de plaza, etc.

⁶² UBILLA FERNÁNDEZ, Gonzalo. «Derecho de las relaciones laborales en el sector público y la cuarta regla del principio protector». *Ius Humani: Revista de Derecho*, vol. 10, n.º 2, 2021, pp. 67-86. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8229375>

- c) La orientación de la contratación, el desempeño, debe estar enfocado en el interés público, en la eficacia de la prestación de los servicios públicos. En este sentido, la contratación y los servicios que ofrecen los obreros de las municipalidades (seguridad, limpieza, jardines, etc.) deben estar inscritos en esta perspectiva, en reclutar a los mejores servidores (incluyendo obreros) para optimizar la prestación de los servicios públicos.

E. La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional

El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

33. Entre los operadores de nuestro sistema jurídico no existen mayores conflictos para asumir el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional (regulado por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), en el que el propio Tribunal se encarga de precisar el extremo de la sentencia que tiene un carácter vinculante⁶³. Sin embargo, esto no ocurre respecto a la doctrina del Tribunal Constitucional cuando interpreta las leyes desde la Constitución o, según los preceptos y los principios constitucionales, tal como establece el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁶⁴.

⁶³ Sin duda este es un diseño especial y *sui generis* previsto por los legisladores, que permite advertir la desconfianza en el órgano jurisdiccional y principalmente en los jueces de destino, para que sean estos los que establezcan la *ratio decidendi* del precedente, como ocurre en el sistema del *common law*.

⁶⁴ Código Procesal Constitucional

Artículo VI. Precedente vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

[...]

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

34. Para acercarnos a este particular problema, debemos señalar que dentro de la idea de la pluralidad de intérpretes de la Constitución y de la ley, la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional reviste de ciertos enfoques⁶⁵ o características especiales:

- a) La interpretación de la propia Constitución, esto es, asignar un sentido a los preceptos constitucionales.
- b) La interpretación **desde la Constitución**, que tiene por objeto la legislación infraconstitucional.
- c) La interpretación abstracta y conceptual genérica, que consiste en comprender el texto constitucional sin ligarlo a la realidad política.
- d) La interpretación específica y concreta, que supondría conectar la aplicabilidad de la norma fundamental a una situación o contingencia de la vida política.

35. En este contexto, el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha establecido el carácter vinculante de la jurisprudencia o de su doctrina interpretativa. Esta doctrina, por ejemplo, ha sido señalada en la Sentencia del Pleno 799/2020 en el Exp. n.º 03756-2018-PA/TC Lima Ministerio Público:

11. Ahora bien, debe recordarse que desde que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional y se le confirió formalmente al Tribunal Constitucional la competencia para dictar precedentes, **se ha precisado que el carácter vinculante de una sentencia constitucional no se circunscribe a estos últimos, ya que también comprende la jurisprudencia constitucional** [énfasis añadido]. En efecto, como se declaró en la sentencia emitida en el Expediente 03741-2004-PA/TC:

Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos

⁶⁵ ANGUIA SUSI, Alberto. «La interpretación de la norma constitucional como fuente de derecho». En materiales de enseñanza del diploma de posgrado de la Universidad de Jaén, s. f., p. 78.

conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. **La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho** [énfasis añadido], a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo (fundamento 42).

36. Como tal, debemos señalar que cuando el Tribunal Constitucional interpreta las leyes desde la Constitución o conforme a los principios y los preceptos constitucionales, tales interpretaciones («normas») constituyen doctrina y son vinculantes para todos los jueces de la República. Este razonamiento es conforme con la idea de ordenamiento jurídico.

37. La coherencia y la consistencia del ordenamiento jurídico exigen que los órganos jurisdiccionales se sujeten a la Constitución (cuyo supremo intérprete es el Tribunal Constitucional) y sigan la jurisprudencia en tanto interpreta las leyes conforme a los principios y los preceptos constitucionales, tal como prescribe el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Una posición distinta o reacia a seguir la interpretación de las leyes desde la constitución, que realiza el Tribunal Constitucional podría conspirar con la idea de un ordenamiento jurídico constitucionalizado⁶⁶, con esa idea que comulga con la necesidad del orden (y la proscripción del caos o el desorden) que Paul Valéry, en un relato de Borges señala como «ese lúcido placer del pensamiento y secreta aventura del orden»⁶⁷.

⁶⁶ Díaz Revorio señala al respecto:

[...] En efecto si lo que da valor vinculante a la jurisprudencia constitucional es su capacidad para innovar o suprimir el ordenamiento, bien mediante la declaración de inconstitucionalidad de normas, bien mediante la interpretación de las mismas, ello implica que la jurisprudencia viene a «incorporarse» al ordenamiento con el rango de norma interpretada o expulsada del mismo (DÍAZ REVORIO, F. Javier. «La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional». *Quid Iuris*, n.º 6, p. 34. Recuperado de [https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/3_interpretacion_j_diaz_revorio\(2\).pdf](https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/3_interpretacion_j_diaz_revorio(2).pdf)).

⁶⁷ Borges sobre Paul Valéry escribe (esta frase también es asumida por Juan Ruiz Manero en *Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin*): «De un hombre que en un siglo que adora los caóticos ídolos de la sangre, de la tierra y de la pasión, prefirió siempre los lúcidos placeres del pensamiento y las secretas aventuras del orden» (BORGES, Jorge Luis, *op. cit.*, 1974, p. 687).

Limitaciones al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional

38. No obstante, debemos establecer que aun cuando el Tribunal Constitucional se constituya en el supremo intérprete de la Constitución, y que sus interpretaciones de las disposiciones legales desde la Constitución tengan un carácter vinculante; no implica que en esta labor sean omnímodos o estén exentos de vulnerar la Constitución⁶⁸. De acuerdo con nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional es un órgano constituido, y en esta medida, nadie, ni siquiera el Tribunal Constitucional, puede estar por encima de la Constitución⁶⁹. Señala Anguita Susi al respecto:

El proceso de interpretación constitucional debe llevarse a cabo dentro de los parámetros constitucionales, dado que el Tribunal Constitucional es un órgano constituido, sometido por tanto a la Constitución.

Una cosa es que sea el supremo intérprete y otra muy distinta que esté por encima de ella. La Constitución es lo que el Tribunal dice que es, pero esta no puede dictar resoluciones inconstitucionales o que contradigan o amplíen los propios límites constitucionales⁷⁰.

39. En este contexto, debemos señalar que existen situaciones excepcionales que habilitan a los jueces de la jurisdicción ordinaria a inaplicar o apartarse de los precedentes y de la doctrina del Tribunal Constitucional⁷¹:

⁶⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «Las decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional». *THEMIS Revista de Derecho*, n.º 67, 2015, pp. 277-291.

⁶⁹ Así lo refiere el propio Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 047-2004-AI/TC:

33. [...] En efecto, el Tribunal Constitucional «es el» órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y solo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí.
[...]

⁷⁰ ANGUIITA SUSI, *op. cit.*, 2022, p. 78.

⁷¹ Parte de estos supuestos están desarrollados en el voto singular de la Casación n.º 00551-2020 Lima de la Quinta Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

- a) El *distinguishing*
- b) Cuando el Tribunal Constitucional interpreta la ley sin considerar los preceptos y los principios constitucionales, o no efectúa esta interpretación desde la Constitución.
- c) En los casos de antinomia entre el precedente o la doctrina jurisprudencial y una disposición constitucional o legal posterior.
- d) En los supuestos de doctrina jurisprudencial contradictoria, que no pueda ser resuelta en consideración al criterio cronológico.
- e) Cuando la interpretación o la doctrina del Tribunal Constitucional es contraria a las normas convencionales.
- f) Cuando las decisiones de los jueces ofrezcan una mejor protección que la establecida por la jurisprudencia o precedente del Tribunal Constitucional.
- g) En los casos de transgresión manifiesta e insoportable a la Constitución (fórmula de Radbruch).
- h) Los casos en los que el propio Tribunal Constitucional señala que su interpretación no es vinculante.

40. En el caso, interesa desarrollar la aplicación de la doctrina o la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los supuestos en que el Tribunal Constitucional interprete la ley sin considerar los preceptos y los principios constitucionales.

41. Como punto de partida, entiende esta Sala Suprema que cuando el Tribunal Constitucional interpreta las leyes desde la Constitución o de acuerdo con los preceptos y los principios constitucionales (interpretación conforme, por ejemplo), la doctrina derivada de ella resulta vinculante para los jueces de la República. La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-820/06, al respecto ha señalado:

En consecuencia, se reitera que, a pesar de que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional determinar el sentido de las disposiciones legales, porque ello es propio de los jueces ordinarios, en algunos casos, la Corte no solo «debe intervenir en debates hermenéuticos sobre el alcance de las disposiciones sometidas a

control», sino que, además, debe fijar la interpretación legal que resulta autorizada constitucionalmente, esto es, señala la forma cómo debe interpretarse la ley y cómo no debe hacerse.

En tal virtud, existen algunas circunstancias en las que la Corte Constitucional debe señalar la interpretación obligatoria de la ley. Esto se realiza, entre otras, mediante las sentencias interpretativas y aditivas, en las cuales se busca armonizar los principios de supremacía de la Constitución y democrático o de conservación del derecho que pueden resultar en tensión cuando una disposición puede interpretarse de varias formas, una de las cuales resulta contraria a la Constitución y otras conforme a ella, o cuando el texto legal acusado presenta vacíos normativos que, tal y como se encuentra, sería inconstitucional.

42. De esta manera, resulta lógico advertir que cuando el Tribunal Constitucional interpreta la ley y esta interpretación no sea realizada desde la Constitución, o no considere los principios y los preceptos señalados por esta, la interpretación no resulta vinculante para los jueces de la República. En nuestro ordenamiento, el rol de supremo intérprete de la ley le corresponde al Poder Judicial. Así, refiere la doctrina:

El Tribunal Constitucional es el guardián de la supremacía de la Constitución, no de la ley. Su función es velar por la correcta aplicación de la Constitución y para ello se le ha constituido como su intérprete definitivo. Los instrumentos con que cuenta son idóneos a la función que está llamado a desempeñar. Concretamente, la inaplicabilidad es un mecanismo para asegurar que la aplicación de la ley en un caso particular resulta conforme con la Constitución. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmar rotundamente que «El parámetro de referencia que se tiene en cuenta al resolver una inaplicabilidad, es solo la Constitución». Por esto, no le compete pronunciarse sobre la correcta interpretación de la ley «si no es con relación a su constitucionalidad»⁷².

43. A manera de ejemplo, debemos señalar la existencia de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya interpretación no puede ser considerada vinculante para los jueces de la República. Este es el caso de la interpretación

⁷² SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. «¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXXVIII, pp. 573-616. Recuperado de <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n38/a14.pdf>

realizada por el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 03531-2015-PA/TC, del 14 de julio del 2020, del D. Leg. n.º 1047, en el que no se puede advertir que la interpretación se haya efectuado desde la Constitución o según los preceptos y principios constitucionales:

14. Por otro lado, respecto al argumento referido a que, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, a los obreros municipales les corresponde el régimen laboral de la actividad privada, este Tribunal entiende que dicho artículo **no regula una prohibición de la contratación de obreros municipales en el régimen CAS, cuya constitucionalidad ha sido reconocida** ya por este Tribunal, tal y como se señala en el fundamento 10.

15. Asimismo, y a mayor abundamiento, la Autoridad Nacional de Servicio Civil, como organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, con fecha 13 de marzo de 2019, ha emitido el Informe Técnico 414-2019-SERVIR/GPGSC. A través de dicho documento, Servir ha establecido lo siguiente:

2.15 Bajo ese contexto, si bien la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley n.º 30889, establecen que el régimen laboral aplicable a los obreros municipales es el régimen laboral de la actividad privada, ello no es óbice para celebrar contratos mediante el régimen CAS cuando las circunstancias o la necesidad de la prestación así lo requiera.

2.16 En ese orden de ideas, los obreros municipales inicialmente deben ser contratados bajo el régimen de la actividad privada previo cumplimiento de los requisitos mencionados en el numeral 2.11 del presente informe, y de manera alternativa bajo el régimen CAS, pues la contratación bajo este régimen se encuentra permitido en todos los niveles del Sector Público, conforme así lo establece el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1057.

44. Esta interpretación en la que el Tribunal Constitucional solo menciona «el reconocimiento de la constitucionalidad de la ley CAS» como argumento constitucional, no puede ser considerada doctrina o jurisprudencia vinculante para los jueces de la República; sin embargo, el hecho de que no sea vinculante no significa que esta Sala Suprema no pueda tener en cuenta los argumentos interpretativos de esta sentencia (aun cuando estos fueron

extraídos de un informe técnico de SERVIR) en consideración a la razonabilidad y la coherencia de los argumentos interpretativos en el caso.

Servidores públicos obreros y empleados

45. La Constitución de 1993, dentro del capítulo «De la función pública», establece quiénes deben ser considerados servidores públicos, quiénes están en la carrera administrativa y quiénes están excluidos de la carrera administrativa y de la función pública, señala expresamente que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo 39. Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

Artículo 40. La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

46. En este escenario, el Tribunal Constitucional, en el denominado precedente Huatuco Exp. n.º 05057-2013-PA/TC, ha afirmado que la idea de servidor público está asociada al desempeño de funciones públicas en las entidades públicas del Estado.

8. [...]

a) La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que una

interpretación constitucionalmente adecuada del concepto «función pública» exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.

[...]

Conforme a lo expuesto, la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración pública, sino con el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado.

47. En la perspectiva del Tribunal Constitucional, aun cuando todos los trabajadores que desempeñan funciones públicas son servidores públicos, no todos están incursos en la carrera administrativa. Así, por ejemplo, los funcionarios y los obreros de la Administración pública están excluidos de la carrera pública. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 06681-2013-PA/TC-Cruz Llamas, con voto mayoritario, ha señalado que los obreros están excluidos de la carrera pública (y no precisamente que no deban ingresar por concurso público):

5. Estando de acuerdo con lo anterior, este Tribunal estima necesario distinguir más claramente entre función pública y carrera administrativa, en atención precisamente a lo dispuesto en el «precedente Huatuco». Así, sobre la base de lo dispuesto en la STC Exp. n.º 05057-2013-PA sobre la función pública, es claro para este órgano colegiado que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa, y que solo a este último grupo de personas, los que vienen efectuando carrera administrativa, es que corresponde aplicar las reglas del «precedente Huatuco», referidas al pedido de reposición.

6. Al respecto, en la historia de la legislación dedicada a regular la función pública en el país, se verifica que desde siempre se ha distinguido claramente a los servidores «de carrera» del resto de empleados del Estado. Incluso la actual Constitución de 1993 insiste en esta distinción al hacer referencia a la «carrera administrativa», distinguiéndola de otras modalidades de función pública (artículo 40) y, en similar sentido, la más reciente ley encargada del desarrollo de esta materia (Ley de Servicio Civil) va en idéntico sentido, al establecer la existencia del «servidor civil de carrera», distinguiéndolo de otro tipo de funcionarios del Estado.

[...]

15. Sin embargo, el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, 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.

48. Esta exclusión de la carrera pública no implica una expulsión del régimen laboral público; sino que únicamente están excluidos de la posibilidad de hacer carrera administrativa (lo cual puede resultar discriminatorio). Al cabo, buena parte de la Administración pública está sujeta al régimen laboral privado, regulado por el D. Leg. n.º 728, incluidos los trabajadores del Poder Judicial. De esta manera, debemos concluir preliminarmente lo siguiente:

- a) Los obreros de la Administración pública son servidores públicos.
- b) Los obreros de la Administración pública están excluidos de la carrera pública. Esta exclusión deriva de la interpretación del Tribunal Constitucional.
- c) Esta exclusión de la carrera pública constitucionalmente no puede ser interpretada en el sentido de que los obreros no tienen la obligación de acceder a la Administración pública mediante concurso público.
- d) En suma, el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad es de rango constitucional, no exonera a los obreros de las municipalidades.

49. Uno de los temas persistentes y conflictivos dentro de los regímenes laborales de la Administración pública, y particularmente en el ámbito de las municipalidades, radica en establecer la distinción entre obreros y empleados. A los primeros (obreros) se les atribuye la realización de labores predominantemente manuales, y a los segundos (empleados), labores predominantemente intelectuales. Sobre esta diferencia refiere Neves Mujica⁷³:

⁷³ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho al trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2016, pp. 11-12.

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

En nuestro ordenamiento, la tendencia a suprimir las diferencias entre trabajadores predominantemente manuales —llamados obreros— y predominantemente intelectuales —llamados empleados—, tanto en su denominación como en su régimen, comenzó el siglo pasado en la década del setenta en el campo de la Seguridad Social y fue recogiendo en el ámbito laboral recién a inicios de la década del noventa. Ahora, con pocas excepciones, a veces justificadas (como una protección mayor frente a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales para los trabajadores de actividad sobre todo manual), la regulación se encuentra bastante fusionada.

50. No existe información empírica que nos permita establecer con algún nivel de certeza los criterios de distinción entre labor predominantemente manual o intelectual. A esto deben sumarse las zonas grises y la cada vez más tenue y obsoleta distinción entre labores predominantemente manuales e intelectuales que el Tribunal Constitucional se ha encargado de reavivar a partir del caso Cruz Llamas, al señalar que los obreros (sin precisar quiénes deben ser considerados como tales) no están comprendidos dentro de la carrera pública. En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido señalando a quienes, por ejemplo, se les debe considerar obreros dentro de las municipalidades:

- a) Jardineros
- b) Trabajadores de limpieza
- c) Trabajadores de reparación de calles
- d) Choferes
- e) Operadores de cámara y videovigilancia

f) Personal de vigilancia o serenazgo

51. Uno de estos grupos merece ser destacado a manera de ejemplo, el personal de vigilancia, que en los años 2010 y 2015 se incrementó en 208.2 %⁷⁴. En la actualidad, continúa este incremento de una manera creciente. Los vigilantes o el personal del serenazgo son considerados obreros y, como tales, de manera inconstitucional, su ingreso a las municipalidades no está supeditado a los rigores del concurso público.

52. Al no ser necesario su ingreso por concurso público, frente a eventuales despidos incausados o fraudulentos, su reposición es un hecho casi indiscutible y permanente en el ámbito jurisdiccional. Esta situación viene generando un crecimiento irracional, continuo y desmesurado de los obreros de la Administración pública y una privación de los ciudadanos (que pueden, por ejemplo, desempeñar las funciones de sereno), de acceder a la Administración pública en igualdad de condiciones. Situaciones como estas vulneran el derecho de los ciudadanos de igualdad en el acceso a la función pública.

53. A este hecho debe sumarse la dación de la Ley n.º 31297, Ley del Servicio de Serenazgo Municipal, publicada el 21 de julio del 2021 en el *Diario Oficial El Peruano*, que es contraria a la jurisprudencia de la Corte Suprema, en tanto establece que el régimen laboral de los serenos municipales y el ingreso y la permanencia de estos se efectúa conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público⁷⁵. Es decir, esta norma manifiesta que el personal de serenazgo (tomado en cuenta como obrero por la jurisprudencia de la Corte Suprema) debe ser considerado como empleado y como tal debe ingresar por concurso público a la Administración pública.

⁷⁴ Información contenida en el Proyecto de Ley n.º 2853-2017-CR, presentado por la congresista Milagros Emperatriz Salazar de la Torre.

⁷⁵ **Artículo 22. Régimen de los serenos municipales**

Los serenos municipales se sujetan al régimen previsto en el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, mientras se implementa en las municipalidades el régimen establecido en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

El ingreso y permanencia en el servicio de serenazgo municipal se realiza mediante concurso público de méritos, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, y en cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley.

54. Dos interpretaciones son posibles en el caso, o los serenos municipales son empleados y por tanto deben ingresar por concurso público, o todos los obreros deben ingresar por concurso público.

F. El conflicto

Las hipótesis del conflicto

55. Las normas que regulan los regímenes laborales de la Administración pública en nuestro ordenamiento son y han sido particularmente sinuosas y caóticas. A más de los regímenes tradicionales aplicables a la Administración pública regulados por el D. Leg. n.º 276 y el D. Leg. n.º 728, existen regímenes especiales tales como la Ley del Profesorado, Ley n.º 24029, la Ley Universitaria (Ley n.º 23733 y Ley n.º 30220), Profesionales de la Salud, entre otros. En este confuso escenario, algunos servidores del Estado, como los obreros de las municipalidades, han sido objeto de regímenes laborales diferentes que transitan desde el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728, el D. Leg. n.º 276, nuevamente el D. Leg. n.º 728 e inclusive —el tema que es materia de debate— el régimen regulado por el D. Leg. n.º 1057.

56. En este contexto, debemos precisar que el conflicto está vinculado esencialmente a establecer el régimen laboral o los regímenes laborales con los que se debe o puede contratarse a los obreros de las municipalidades, luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo n.º 1057, publicado el 27 de junio del 2008.

57. Las respuestas tentativas o hipotéticas a este problema son las siguientes:

- a) Los obreros municipales deben ser contratados única y exclusivamente mediante el régimen laboral regulado en el D. Leg. n.º 728, Ley que Regula el Régimen Laboral de la Actividad Privada.
- b) Los obreros de las municipalidades pueden ser contratados mediante el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057, Ley que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, cuando existan necesidades de servicio y no existan plazas vacantes y

presupuestadas dentro del régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728.

58. En el caso, debemos advertir que en este supuesto no están comprendidos los obreros de las municipalidades que se encuentran en las siguientes situaciones:

- a) Obreros de las municipalidades que venían laborando bajo el régimen regulado por el D. Leg. n.º 728 (de manera expresa o por aplicación del principio de primacía de la realidad) a quienes en consideración al artículo 62 de la Constitución no se les puede modificar las obligaciones contractuales por la sola dación del D. Leg. n.º 1057. En este sentido, estos trabajadores continúan en el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728.
- b) Obreros de las municipalidades contratados expresamente con el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728, durante la vigencia del D. Leg. n.º 1057. Estos trabajadores continúan con el régimen laboral 728.

G. Primera hipótesis

Los obreros municipales deben ser contratados única y exclusivamente mediante el régimen laboral regulado en el D. Leg. n.º 728, Ley que Regula el Régimen Laboral de la Actividad Privada.

Interpretación literal del artículo 37 de la Ley n.º 27972

59. Los argumentos que sostienen esta tesis derivan de una interpretación declarativa o esencialmente literal de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), publicada el 27 de mayo del 2003.

SUBCAPÍTULO V

EL TRABAJADOR MUNICIPAL

ARTÍCULO 37.- RÉGIMEN LABORAL

Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley.

Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

60. A partir del método literal o gramatical, puerta de entrada de todo proceso interpretativo, esta disposición normativa, considerada de un modo aislado del resto del ordenamiento jurídico (que no considere el D. Leg. n.º 1057 o que asuma que no es aplicable al caso), puede ser interpretada en el sentido de que el régimen laboral de los obreros de la Administración pública es el señalado por el D. Leg. n.º 728.

Interpretación histórica y evolutiva. Objeciones

61. Entiende esta Sala Suprema que esta interpretación literal y asistemática puede ser reforzada con argumentos de carácter histórico. De esta manera, dentro de las sinuosas y caóticas normas que han regulado históricamente el régimen laboral de la Administración pública⁷⁶, debemos señalar que los obreros de las municipalidades han tenido un trato diferenciado del resto de los servidores públicos (con pocas excepciones)⁷⁷ y en esa medida han estado sujetos al régimen de la actividad privada. Las leyes n.º 8439, n.º 9555, D. L. n.º 11377, D. S. n.º 010-78-IN, y la actual LOM que señala que los obreros de las municipalidades están sujetos al régimen laboral previsto en el D. Leg. n.º 728, entre otras normas, inciden en esta afirmación.

62. En este contexto, puede ser relevante el uso del criterio o método de interpretación, histórico y evolutivo, para argumentar el otorgamiento de un significado a una disposición normativa emitida en un pasado más o menos distante. Sobre la interpretación histórica refiere Guastini:

⁷⁶ No obstante, debemos señalar que la contratación de servidores públicos antes de la dación del D. Leg. n.º 1057 ha sido particularmente desorganizada. En este sentido, por ejemplo, a más de los regímenes tradicionales aplicables a la Administración pública regulados por el D. Leg. n.º 276 y el D. Leg. n.º 728, existen regímenes especiales tales como la Ley del Profesorado, Ley n.º 24029, la Ley Universitaria (Ley n.º 23733 y Ley n.º 30220), Profesionales de la Salud, etc.

⁷⁷ La derogada Ley n.º 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, establecía que el régimen laboral de los obreros de las municipalidades era el regulado por el D. Leg. n.º 276.

Se llama «histórica» a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada.

Se llama «evolutiva» a la interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente de su significado histórico⁷⁸.

63. No obstante, una interpretación histórica necesariamente requiere de una disposición normativa promulgada en un contexto histórico determinado del pasado, para otorgarle un significado originalista o un significado evolutivo⁷⁹ a una disposición normativa.

64. Sin embargo, cuando el punto de partida no es precisamente un texto normativo o una ley emitida en el pasado que requiera una interpretación histórica determinada; sino un conjunto de leyes dadas en un pasado relativamente distante, a partir del cual se pretende inferir una conclusión, sustituyéndose en las intenciones y en el rol del legislador en consideración a una ley reciente (D. Leg. n.º 1057) y casi sin tomarla en cuenta. En este sentido, no estamos precisamente frente a una forma de interpretación histórica, sino ante una forma de razonamiento inductivo que pretende sustituir al legislador y que puede ser explicada de la siguiente manera:

a) A través de una reiterada y uniforme legislación emitida en el pasado, el legislador ha considerado un tratamiento diferenciado entre empleados y obreros públicos, excluyéndose a los obreros de las municipalidades del régimen laboral de la actividad pública (regulada entre otras por el D. Leg. n.º 276) y considerándolos en el régimen laboral privado (regulado por el D. Leg. n.º 728).

b) En el caso (hecho ocurrido en el pasado reciente), debe considerarse que es y ha sido intención del legislador excluir a los obreros de las municipalidades del régimen laboral de la actividad pública regulada por el D. Leg. n.º 276, y de cualquier otro régimen laboral de la

⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D. F.: UNAM, 1999, p. 50.

⁷⁹ La necesidad de una interpretación histórica se desprende, en la óptica del siglo XIX, del primado del legislador: no puede resultar indiferente lo que las personas que participaron en el proceso legislativo se representaron —subjetivamente— bajo la norma en cuya emisión colaboraron.

Administración pública que el legislador promulgue en el futuro, incluyendo el D. Leg. n.º 1057.

c) En consecuencia, el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057 no es aplicable a los obreros de las municipalidades.

65. A nuestro juicio, esta forma de razonamiento inductivo en el ámbito jurisdiccional, a más de sustituirse en las intenciones del legislador, reviste muchas debilidades e inconsistencias, entre otras:

- a) El juez, como intérprete de la ley, no puede actuar como un oráculo de las posibles decisiones o intenciones del legislador cuya «presunta» voluntad (que no es posible conocer racionalmente y que deviene de diversas composiciones parlamentarias) incida en establecer que los obreros de la Administración pública (¿de manera perpetua?) están excluidos del régimen laboral público regulado por el D. Leg. n.º 276 y el D. Leg. n.º 1057. Una actividad inductiva como esta se halla más cerca de una profecía que de una interpretación y, en este sentido, podría constituir una indirecta intromisión en las «futuras» competencias legislativas del Parlamento.
- b) No es posible reconstruir la voluntad histórica del legislador, afirmando que su presunta intención era establecer que el régimen laboral para los obreros de las municipalidades fuera por siempre el régimen laboral de la actividad privada (regulado por el D. Leg. n.º 728)⁸⁰.

⁸⁰ Sobre las vicisitudes del régimen laboral de los obreros de las municipalidades debemos señalar lo siguiente:

- En el Decreto Supremo n.º 010-78-IN, de fecha 12 de mayo de 1978, se estableció que los trabajadores obreros al servicio de los Concejos Municipales de la República son servidores del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- Ley n.º 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el 9 de junio de 1984, artículo 52: «Los funcionarios, empleados y obreros, así como el personal de vigilancia de las municipalidades son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública y tienen los mismos deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente».
- Ley n.º 27469, publicada el 1 de junio de 2001
Artículo Primero.- Modifícase el artículo único de la Ley n.º 27469, que modifica el artículo 52.º de la Ley Orgánica de Municipalidades, de acuerdo al siguiente texto:
«Artículo 52.º.- [...] Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen, y los **derechos y beneficios adquiridos durante su permanencia en el régimen laboral de la actividad pública**.
Artículo Segundo.- Derógase toda norma que se oponga a la presente ley.

- c) Las actuaciones del legislador en el ámbito de la Administración pública han sido de lo más sinuosas. Así, por ejemplo, mediante leyes anteriores ha incorporado a los empleados de otras entidades del Estado (Sunat, Poder Judicial, Ministerio Público, etc.) del régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 276 al régimen de la actividad privada regulada por el D. Leg. n.º 728.
- d) En este sentido, el hecho de que los obreros municipales estén en la actividad privada regulada por el D. Leg. n.º 728, no es impedimento para que puedan ser contratados mediante contratos CAS; pues el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728 es aplicable también para los trabajadores de otras entidades del Estado sujetos al D. Leg. n.º 728, como el Poder Judicial y el Ministerio Público, donde no existe impedimento para celebrar contratos CAS.
- e) Que no existe homogeneidad en la producción de leyes del legislador histórico. En este sentido, existen excepciones en las que los obreros de las municipalidades fueron considerados dentro del régimen laboral público (Ley n.º 23853) y recientemente con la Ley n.º 31297, Ley del Serenazgo Municipal (como se verá en un punto posterior). De esta manera, con la misma «lógica inductiva», puede señalarse que el legislador ha querido establecer excepciones en el régimen laboral de los obreros de las municipalidades y que el D. Leg. n.º 1057 es una de esas. A nuestro juicio, ambos razonamientos inductivos son cuestionables, en cuanto no revisten mayor grado de objetividad.
- f) La actuación del legislador no está vinculada precisamente a ciertos criterios racionales a partir de los cuales pueda efectuarse un razonamiento inductivo, sino a cuestiones coyunturales y políticas. En este contexto, Zagrebelsky⁸¹ señala que las leyes pueden ser el resultado de situaciones o fórmulas contractuales debido a las presiones de los grupos de poder y que en este sentido no tienen carácter general ni están pensando en la naturaleza de las cosas ni tienen una fórmula marcadamente abstracta. Afirmaciones como estas permiten cuestionar

⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 38.

cualquier supuesta «intención» del legislador, para excluir a los obreros de las municipalidades del régimen laboral de la actividad pública.

- g) La distinción entre obreros y empleados en la actualidad es cada vez más tenue y obsoleta, lo que coloca en un verdadero dilema la situación de algunos trabajadores de la Administración pública, para establecer si son obreros o empleados. Este es el caso, por ejemplo, de los choferes, los operadores de cámaras, los vigilantes, o incluso los propios trabajadores de limpieza pública, etc.⁸².
- h) Finalmente, contrariando el razonamiento inductivo, debemos señalar la sinuosa trayectoria del legislador, cuando regula los regímenes laborales de la Administración pública. Así, por ejemplo, los trabajadores del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Sunat, etc., que anteriormente estuvieron sujetos al D. Leg. n.º 276, en la actualidad están comprendidos en el D. Leg. n.º 728 y de acuerdo con la Ley del Servicio Civil, Ley n.º 30057, deben ser incorporados a esa ley. Esto demuestra que no hay constantes históricas que permitan ejercicio de lógica inductiva y que, eventualmente, el legislador es capaz de todo, es decir, de cambiar los regímenes laborales de la Administración pública.
- i) Finalmente, debemos señalar que la Ley n.º 31297⁸³, Ley del Servicio de Serenazgo Municipal, publicada el 21 de julio del 2021 en el *Diario Oficial El Peruano*, permite interpretar que los serenos (que son considerados obreros por la jurisprudencia de la Corte Suprema) están comprendidos dentro del régimen laboral público y que les es aplicable el artículo 5 de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público (deben

⁸² En la experiencia comparada (España), incluso los trabajadores de limpieza pública deben estar al tanto de la necesidad de conocer las regulaciones legislativas sobre residuos, mantener las máquinas barredoras. Ello demuestra la necesidad de barredores cada vez más calificados, que en todo caso requieren ingresar por concurso público (COMUNIDAD DE MADRID. «Barrenderos». Recuperado de https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/doc/empleo/94431016_barrenderos.pdf).

⁸³ Ley n.º 31297

Artículo 22. Régimen de los serenos municipales

Los serenos municipales se sujetan al régimen previsto en el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, mientras se implementa en las municipalidades el régimen establecido en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

El ingreso y permanencia en el servicio de serenazgo municipal se realiza mediante concurso público de méritos, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, y en cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley.

ingresar por concurso público y son incorporados a la Ley del Servicio Público).

- j) En suma, no existe una intención unívoca e histórica del legislador de excluir a los obreros de las municipalidades del régimen laboral público y de la contratación CAS.

66. A manera de argumento *obiter dicta*, sobre las limitaciones del razonamiento inductivo, Russell⁸⁴ ilustra este problema con la idea del pollo inductivo o de aquel pollo que es alimentado por el granjero cada día de su vida, que cree que cada vez que se aparece el granjero será alimentado, hasta que un día se presenta el granjero y le tuerce el pescuezo. En esta medida, no es razonable que el órgano jurisdiccional tenga que pronosticar (adivinar) necesariamente que el legislador deba emitir leyes en el mismo sentido en que lo ha hecho en el pasado. Los tiempos y las circunstancias cambian. Del mismo modo, está de más decir que las diferencias entre labor intelectual o manual cada vez son más tenues, que incluso el legislador puede tener criterios contradictorios respecto a quienes considera obreros. Así, por ejemplo, mediante la Ley n.º 30057, el legislador considera que los serenos municipales son empleados sujetos a la Ley del Servicio Civil; esta norma es contraria a lo señalado por la Corte Suprema, que los considera obreros.

67. En todo caso, debemos establecer las limitaciones de la interpretación histórica, si es que estas no van acompañadas de otras interpretaciones o criterios interpretativos razonables. Dicho de otro modo, la interpretación histórica no puede sostener una norma o una tesis interpretativa por sí sola. Así refiere la doctrina:

⁸⁴ Señala Russell:

Los animales domésticos esperan su alimento cuando ven a la persona que normalmente los alimenta. Sabemos que todas estas expectativas de uniformidad, más bien burdas, están sujetas a inducirnos al error. El hombre que ha alimentado al pollo cada día de la vida de ese pollo, al final en cambio le tuerce el pescuezo, mostrando que una visión más refinada con respecto a la uniformidad de la naturaleza hubiera sido muy útil al pollo (RUSSELL, Bertrand. *Los problemas de la filosofía*. Open Cultura, 2023, p. 36. Recuperado de https://www.filosofem.cat/IMG/pdf/russell_los_problemas_de_la_filosofia-2.pdf.)

Sin embargo, las cuestiones de interpretación no pueden resolverse definitivamente desde un enfoque histórico. Siempre hay que ver si el resultado así obtenido es conciliable con los otros criterios, sobre todo con el del fin y objeto de la norma. Esto se desprende de dos debilidades internas de este canon interpretativo: un problema fundamental de orden teórico, que es el de la función de la ley; y otro de orden práctico, que es el del tiempo. La ley debe primeramente desplegar efectos reguladores siempre y para el futuro. Ahora bien, lo que era razonable en el momento de emisión de la norma puede resultar ya dudoso diez años más tarde. Pero incluso si nada cambia en cuanto al contenido por el paso del tiempo, este siempre influye en las posibilidades de una interpretación histórica. De la actuación de los políticos solo quedan documentos, más o menos tendenciosos; el trasfondo económico y cultural de las decisiones jurídico-políticas se pierde de vista o es valorado de forma diferente. De ahí que la teleología objetiva, referida al momento actual de aplicación del Derecho, tenga la primacía en caso de duda⁸⁵.

68. En consecuencia, debemos concluir que una eventual interpretación que tenga como fundamento una suerte de interpretación histórica (a partir de la existencia de una reiterada y uniforme legislación emitida en el pasado por el que el legislador [¿cuál?]), y que incida en que el «único» régimen laboral de los obreros es el regulado por el D. Leg. n.º 728, constituye esencialmente una actividad subjetiva, activista y hasta adivinatoria, que en principio no ha considerado el Decreto de Urgencia n.º 115-2020, publicado el 26 de setiembre del 2020, que autoriza a los gobiernos locales la contratación mediante el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057, tanto de empleados como de obreros.

Otras objeciones a la primera hipótesis

69. Desde otra perspectiva, debemos señalar que la interpretación del artículo 37 de la LOM no reviste exclusividad en cuanto al régimen laboral. Es decir, no establece que los empleados de las municipalidades solo deban ser

⁸⁵ BALDUS, Christian. «Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la "falta de conformidad de escasa entidad"». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, n.º 4, 2006, p. 1616. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2327955.pdf>

contratados por el D. Leg. n.º 276, ni que los obreros de las municipalidades solo deban ser contratados por el D. Leg. n.º 728.

70. Dicho de otro modo, el artículo 37 de la LOM no está configurado como una norma prohibitiva, sino como una norma permisiva, aun cuando lo sea en un sentido débil⁸⁶, de manera que es posible afirmar que no existe prohibición para contratar a los obreros bajo el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057.

71. Finalmente, una interpretación sistemática del artículo 37 de la LOM debe permitirnos asumir la existencia y la vigencia del D. Leg. n.º 1057 (ratificado como constitucional por el Tribunal Constitucional), como norma que debe considerarse al interpretar el artículo 37 de la LOM. En esta medida, como desarrollaremos a continuación, debemos asumir que existen mayores razones para establecer que los obreros de las municipalidades pueden ser contratados con el D. Leg. n.º 1057.

H. Segunda hipótesis

Los obreros de las municipalidades pueden ser contratados mediante el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057, Ley que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, cuando existan necesidades de servicio y no existan plazas vacantes y presupuestadas dentro del régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728.

Interpretación del D. Leg. n.º 1057 (arts. 1 y 2)

72. La segunda hipótesis, por la cual podemos interpretar que los obreros de las municipalidades también pueden ser contratados mediante contratos CAS

⁸⁶ La primera de estas tesis se refiere a los conceptos de permisión. Según Alchourrón y Bulygin, debemos distinguir tres conceptos de permisión: el concepto prescriptivo de permisión más los conceptos descriptivos de permisión fuerte y permisión débil: «Cuando el término permitido figura en una norma expresa el *concepto prescriptivo de permisión*. Pero cuando el mismo término figura en una proposición normativa es ambiguo: cuando se dice que un estado de cosas p está permitido en un conjunto de normas α , esto puede significar dos cosas diferentes; o bien que existe una norma (en α) que permite p, o bien que p no está prohibido en α . Por lo tanto, hay *dos conceptos de permisión descriptiva: permiso fuerte y permiso débil*» (RUIZ MANERO, Juan. «Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin». *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 10, 1999, pp. 109-127. Recuperado de <https://www.redalyc.org/journal/3636/363666928007/html/>).

regulados por el D. Leg. n.º 1057, deriva de una interpretación declarativa literal (*a contrario sensu*), del D. Leg. n.º 1057.

Artículo 2.º.- Ámbito de aplicación

El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a **toda entidad pública** sujeta al [Decreto Legislativo n.º 276](#), Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, **con excepción de las empresas del Estado** [énfasis añadido].

73. Esta disposición normativa permite establecer literalmente que el D. Leg. n.º 1057 es aplicable a toda entidad pública sujeta al D. Leg. n.º 276 y a las que están reguladas por el régimen de la 728. Permite establecer también que los únicos exceptuados, de acuerdo con el texto de la disposición normativa, son los obreros de las empresas del Estado. En este sentido, *a contrario sensu*, el D. Leg. n.º 1057 es aplicable a los obreros de la Administración pública.

74. Esta exclusión de los trabajadores de las empresas del Estado tiene origen en el artículo 40 de la Constitución (no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta), de manera que resulta razonable asumir que los únicos excluidos para ser contratados mediante el D. Leg. n.º 1057 son los obreros de las empresas del Estado. Por lo demás así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en recientes pronunciamientos (Exp. n.º 03531-2015-PA/TC).

Interpretaciones correctoras

75. A favor de esta tesis debemos señalar la existencia de argumentos restrictivos asumidos por nuestro ordenamiento, a partir de lo cual podemos concluir que las normas excepcionales no pueden ser interpretadas extensivamente. Es decir, las excepciones previstas en una disposición normativa deben ser interpretadas de una manera restrictiva, proscribiéndose

en todo caso la analogía o la interpretación extensiva⁸⁷. En este sentido, la excepción señalada en el D. Leg. n.º 1057 está prevista únicamente para los trabajadores de las empresas del Estado (porque no son servidores públicos) y, por tanto, no puede ampliarse y comprender a los obreros de las municipalidades.

76. Para efectos de una interpretación sistemática, debemos señalar también que el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 002-2010-PI/TC ha reconocido la constitucionalidad del D. Leg. n.º 1057, y en este sentido, *prima facie* debemos asumir que la interpretación realizada en el punto anterior es conforme a la Constitución. Así resuelve la sentencia de inconstitucionalidad:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad, debiendo interpretarse el artículo 1.º del Decreto Legislativo n.º 1057, conforme se ha expuesto en el fundamento 47 de la presente sentencia.

[...]

4. De conformidad con los artículos 81.º y 82.º del CPCo., esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales.

77. Una interpretación sistemática, en consideración a las normas presupuestales, que prohibían la contratación laboral por servicios personales, permite interpretar que el artículo 37 de la LOM no proscribe la aplicación del D. Leg. n.º 1057 en la contratación de los obreros de las municipalidades. Así, por ejemplo, la Ley del Presupuesto del 2008 (disposición que repite en las posteriores leyes del presupuesto, bajo el rubro de austeridad en el gasto público) establece la prohibición del ingreso del personal por servicios personales y el nombramiento (no excluye a los obreros municipales) y considera que todo ingreso a la Administración pública debe efectuarse por concurso público de méritos:

Artículo 7.º.- De la austeridad en las acciones de personal

⁸⁷ El Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 00937 2013-PHD/TC, sobre la interpretación restrictiva de las excepciones, ha señalado que «[...] de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas (STC n.º 3035-2012-PHD/TC)».

Queda prohibido el ingreso de personal por servicios personales y el nombramiento, salvo en los siguientes supuestos:

- a) La contratación para el reemplazo por cese del personal o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público, siempre y cuando se cuente con la plaza. En el caso de los reemplazos, que comprende al cese que se hubiese producido desde el Año Fiscal 2007, se debe tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa, necesariamente, por concurso público de méritos.

78. Asimismo, aunque este no sea un argumento fuerte en la perspectiva del Tribunal Constitucional, debemos señalar que **variar** el régimen laboral de los trabajadores contratados con el D. Leg. n.º 1057, mediante una Sentencia Judicial al régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728 (a través de la declaración de ineficacia), suele irrogar mayores gastos a la Administración pública; y en esta medida constituye una infracción al principio de equilibrio y unidad presupuestal. Sobre estos principios refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. n.º 00013-2021-PI/TC:

91. De la norma citada se desprende que el principio de equilibrio presupuestal (artículo 78 de la Constitución) implica que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país (cfr. Sentencia 00004-2004-PCC/TC, fundamento 9.4).

92. Este Tribunal entiende que el equilibrio presupuestal es un principio fundamental de nuestro modelo constitucional, ya que, por un lado, permite una distribución del presupuesto que atienda las diversas obligaciones que son asumidas por el Estado, y, por otro, representa una prohibición de gasto desmedido de los recursos públicos.

79. Debemos considerar también que lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley n.º 27972, en ningún caso puede ser asumido como una disposición pétrea o inmodificable sobre el régimen laboral de los obreros de las municipalidades (D. Leg. n.º 728); sino que (como ocurre en el caso de los empleados de las municipalidades sujetos al D. Leg. n.º 276) el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057 debe suponer un régimen laboral subsidiario.

80. Finalmente, debemos señalar que el D.U. n.º 115-2020 cuyo objeto fue establecer medidas complementarias y extraordinarias, en materia económica y financiera, que permitan financiar las actividades de fiscalización destinadas a la recuperación de espacios públicos, sostenibilidad, ordenamiento urbano y seguridad en los distritos focalizados frente a la Emergencia Sanitaria y al Estado de Emergencia Nacional declarados por el COVID-19, autorizo a los gobiernos locales la contratación dentro del Régimen Laboral regulado por el D.Leg. n.º 1057, de obreros y empleados. Tal situación permite establecer que el legislador (vía delegación de facultades) no ha considerado que el D. Leg. n.º 1057 es inaplicable para el personal obrero.

La posición del Tribunal Constitucional

81. El Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 03531-2015-PA/TC, emitido el 14 de julio del 2020 (aun cuando consideramos que esta doctrina no es vinculante), concluye interpretando que el D. Leg. n.º 1057 es una norma aplicable alternativamente en la contratación de los obreros de las municipalidades.

82. A partir de esta afirmación, aun cuando el Tribunal Constitucional, en el caso Cruz Llamos, considera que los obreros no forman parte de la carrera administrativa, corresponde establecer que el hecho de no estar comprendido en la carrera administrativa (como es el caso de los obreros municipales) no constituye impedimento ni limitación para que los obreros de la Administración pública sean contratados mediante el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057.

Objeciones inconsistentes a la aplicación del D. Leg. n.º 1057

83. El Decreto Legislativo n.º 1057 prescribe lo siguiente:

Decreto Legislativo n.º 1057

Artículo 1.- Finalidad

La presente norma regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo n.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado.

84. Una de las principales objeciones que puede efectuarse a la interpretación y la aplicación del D. Leg. n.º 1057 en la contratación de obreros de las municipalidades está vinculada a cierta interpretación teleológica o finalista. De acuerdo con esta interpretación, la finalidad del D. Leg. n.º 1057 está vinculada y dirigida únicamente a los empleados comprendidos en la carrera pública y no precisamente a los obreros (que no están comprendidos en la carrera pública). En este sentido, considerando que los obreros municipales no forman parte de la carrera pública, concluyen señalando que el D. Leg. n.º 1057 no les resulta aplicable.

85. Un argumento inicial que se opone a esta interpretación finalista es señalar que la razón (que puede extraerse de la finalidad de la ley) por la que no resulta aplicable a los trabajadores de las empresas del Estado está vinculada al hecho de que los trabajadores de estas no forman parte de la «Administración pública». En esta medida, al no tratarse de servidores públicos, no pueden ser contratados mediante los contratos CAS.

86. Sin embargo, la situación de los obreros de las municipalidades es distinta, aun cuando el Tribunal Constitucional señale que no forman parte de la carrera administrativa, no dejan de ser servidores públicos y, como tales, forman parte

de la Administración pública (donde tienen vigencia los contratos administrativos). A este hecho debe sumarse además que mediante ley posterior (Ley n.º 31297) se estableció que los trabajadores de serenazgo de las municipalidades (obreros según la jurisprudencia de la Corte Suprema) deben estar comprendidos en la Ley Marco del Empleo Público, Ley n.º 28175, y lo dispuesto por el D. U. n.º 115-2020, que permite la contratación CAS de los obreros de las municipalidades.

87. A efectos de incidir en mayor medida en la interpretación de esta disposición normativa, esta Sala Suprema debe efectuar las siguientes precisiones:

- a) En el art. 1 del D. Leg. n.º 1057 en el que se establece la **finalidad** de la disposición normativa, no puede advertirse la expresión «carrera administrativa». Por el contrario, se hace referencia a la «contratación administrativa de servicios» y al objetivo de esta contratación (garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la Administración pública). En todo caso, la expresión «carrera administrativa» está ubicada dentro del art. 2 que regula el ámbito de aplicación del D. Leg. n.º 1057, en el que los únicos excluidos son los trabajadores de las empresas del Estado.
- b) En general, la contratación de los obreros para prestar servicios en el sector público no está alejada de la idea de la «contratación administrativa de servicios», en la medida que los obreros que prestan servicios en el Estado son servidores de la Administración pública.
- c) En este mismo sentido, asumiendo que la razón por la que no se puede contratar mediante el régimen laboral CAS a los obreros es precisamente porque no están comprendidos en la carrera pública; debemos señalar que a los funcionarios de confianza (al igual que los obreros no están comprendidos dentro de la carrera pública) pacíficamente se les puede contratar mediante los denominados contratos CAS. En este sentido, debemos concluir que el no estar comprendido en la carrera pública no constituye un impedimento para ser contratado mediante contratos CAS.

- d) En todo caso, debemos aclarar que el hecho de que los obreros de la Administración pública no se encuentren comprendidos en la carrera pública no los excluye de esta; es decir, siguen siendo servidores públicos y en esta medida no existe impedimento para que puedan ser contratados mediante los denominados contratos CAS.
- e) El Tribunal Constitucional, en el denominado precedente Huatuco y otras resoluciones aclaratorias (Cruz Llamas), estableció que los obreros no forman parte de la carrera pública. En recientes sentencias (por ejemplo, en el Exp. n.º 03531-2015-PA/TC) ha venido señalando que los obreros de las municipalidades pueden ser contratados, alternativamente con el D. Leg. n.º 1057. Esta situación permite advertir que el hecho de estar o no en la carrera pública es indiferente para la contratación CAS, como ocurre con los funcionarios de confianza de la Administración pública.
- f) La distinción cada vez más obsoleta entre empleados y obreros genera situaciones conflictivas en el ámbito de la Administración pública. Así, por ejemplo, servidores que deben ser contratados por sus méritos, sus capacidades y su profesionalismo (operadores de cámara, serenazgos vigilantes, choferes, etc.) son contratados como obreros y pueden acceder al servicio de la Administración pública, sin concurso. Este hecho es agravado porque en las municipalidades existen dos regímenes laborales (D. Leg. n.º 276 para empleados y el D. Leg. n.º 728 para obreros).
- g) En este sentido, por ejemplo, si asumimos la tesis que afirma que el D. Leg. n.º 1057 no es aplicable a los obreros por «no estar comprendidos en la carrera pública», se generarían mayores inconsistencias y hasta consecuencias absurdas en nuestro ordenamiento, considerando que los argumentos (jurídicos o no) deben tener un carácter universalizable, es decir, aplicable en todos los contextos similares a todos los trabajadores de la Administración pública. De esta manera, en consideración al argumento *a simili*, «a igual razón igual derecho», deberíamos establecer que las entidades de la Administración pública no podrían celebrar contratos CAS con

quienes realizan labores predominantemente manuales (obreros) en otras entidades del Estado tales como universidades públicas, el Poder Judicial, el Ministerio Público y órganos constitucionales autónomos, etc., en consideración a que «los obreros no están comprendidos dentro de la carrera pública». De este modo, a manera de ejemplo, ningún chofer o conductor de vehículos motorizados (considerado obrero por la frondosa jurisprudencia de la Corte Suprema) podría ser contratado mediante estos contratos CAS, ni en las municipalidades, ni en el Poder Judicial, etc.

88. La Ley n.º 31297⁸⁸, Ley del Servicio de Serenazgo Municipal, citada anteriormente, señala que a los «obreros» del serenazgo municipal les es aplicable el artículo 5 de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público (deben ingresar por concurso público y ser incorporados a la Ley del Servicio Público). En esta medida, estando vinculados a la Ley Marco del Empleo Público, no es posible asumir que no puedan ser contratados mediante contratos CAS (por lo menos después de la promulgación de la citada ley).

89. Además de los argumentos anteriores, debemos establecer algunas otras consecuencias contrarias a nuestro ordenamiento que eventualmente pueden surgir con el sentido de la interpretación que señala que «los obreros de las municipalidades no pueden ser contratados mediante contratos CAS regulados por el D. Leg. 1057».

- a) De acuerdo con la Constitución es potestad del legislador, de manera directa o vía delegación de facultades, establecer los regímenes laborales o las formas de contratación de los servidores públicos. De

⁸⁸ Ley n.º 31297

Artículo 22. Régimen de los serenos municipales

Los serenos municipales se sujetan al régimen previsto en el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, mientras se implementa en las municipalidades el régimen establecido en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

El ingreso y permanencia en el servicio de serenazgo municipal se realiza mediante concurso público de méritos, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, y en cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley.

modo que el establecimiento de los regímenes laborales o las formas de contratación no son competencia de los jueces de la República.

- b) Se debe señalar además que el D. Leg. n.º 1057 (cuya inaplicación se pretende mediante la actividad interpretativa) no solo goza de la presunción de constitucionalidad; sino que ha sido reconocido expresamente como norma constitucional por el Tribunal Constitucional.
- c) En este contexto, debemos señalar que una de las limitaciones de la actividad interpretativa está vinculada al principio de división de funciones o poderes y al debate democrático. De esta manera, mediante la actividad interpretativa el Poder Judicial no puede menoscabar las atribuciones del Poder Legislativo (directa o indirectamente), asumiendo el rol de legislador, creando o dejando sin efecto normas que han sido reconocidas como constitucionales.
- d) En todo caso, es deber del juez, en su rol de guardián de la Constitución, observar que «estas» leyes sean conforme a la Constitución y a las normas convencionales sobre derechos humanos.

90. En consecuencia, al desvirtuar las razones por las que eventualmente puede objetarse la aplicación del D. Leg. n.º 1057 a la contratación de los obreros de las municipalidades, debemos concluir que existen suficientes razones para establecer que el D. Leg. n.º 1057 es aplicable a la contratación de los obreros de la Administración pública, cuando las circunstancias y la necesidad de la prestación así lo exijan. Estas circunstancias, entre otras, implican por ejemplo que no existan plazas vinculadas al D. Leg. n.º 728.

Laguna axiológica y derrotabilidad

91. Aun cuando la excepción prevista en el artículo 1 del D. Leg. n.º 1057 para la contratación mediante los contratos CAS está dirigida únicamente a los «trabajadores de las empresas del Estado» (en tanto no forman parte de la Administración pública), algunos operadores del derecho, provistos de una dosis de activismo judicial, eventualmente pueden argumentar que esta

excepción debería también estar vinculada a los obreros de las municipalidades (que sí forman parte de la Administración pública). El fundamento central de esta tesis axiológica estaría vinculado a los antecedentes históricos normativos del régimen laboral de los obreros, nada uniformes y más bien sinuosos, y a una especial protección de los obreros de la Administración pública, a manera de tutela.

92. Este razonamiento supone la creación de una laguna axiológica, sobre la que refieren Alchourrón y Bulygin⁸⁹:

(1) Laguna axiológica. Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que —según la opinión del intérprete— está reglado de forma «axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta». Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión «por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente» al supuesto de que se trata.

Dicho de otra forma, una laguna axiológica «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución».

93. A partir de estos argumentos, se podría inferir la derrotabilidad de la norma establecida en el artículo 1 del D. Leg. n.º 1057 y en esta medida asumir que dentro de la prohibición de los contratos CAS se encuentran también los obreros, a quienes les correspondería ser contratados con el D. Leg. n.º 728, tal como establece la LOM. No obstante, siguiendo a Guastini⁹⁰, es necesario señalar lo siguiente:

- a) Los conceptos de derrotabilidad y de laguna axiológica son, en el lenguaje de la teoría del derecho, el resultado de una forma de interpretación que incide sobre la interpretación restrictiva.

⁸⁹ Citado por GUASTINI, Riccardo. «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, 2008, pp. 143-156. Recuperado de <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.07>.

⁹⁰ *Ibidem*.

- b) La interpretación restrictiva, como cualquier interpretación no literal, supone, expresa o tácitamente, el argumento (retórico) de la *ratio legis*, o sea, de la intención —a menudo contrafáctica— de la autoridad normativa.
- c) Este hecho, en el caso, supone en principio reconocer que a los obreros de la Administración pública se les puede contratar mediante los contratos CAS previstos en el D. Leg. n.º 1057; no obstante, al considerarse injusta en la perspectiva del intérprete, se produce una laguna axiológica y por estas razones se inaplica esta disposición normativa. Este último supuesto, evidentemente, no es otra cosa que una cuestión ideológica del intérprete, derivado de una suerte de activismo judicial contrafáctico, con la actuación del legislador y no de la presunta intención del legislador.
- d) En este sentido, los argumentos vinculados a una presunta intención de las autoridades normativas (incluido el Poder Ejecutivo por delegación del Legislativo), para considerar a los obreros de la Administración pública dentro de esta excepción, no pueden seriamente ser considerados como enunciados empíricos. No existe acceso a la «mente» del legislador, sobre todo si es un órgano colegiado. En el caso, no existe manera de establecer que el Poder Ejecutivo, antes de promulgar el D. Leg. n.º 1057, vía delegación de facultades, haya omitido considerar a los obreros de las municipalidades, como sujetos a la excepción prevista por ley, ni que hayan tenido esta intención.
- e) La derrotabilidad y las lagunas axiológicas, al depender de las valoraciones de los intérpretes (jueces en el caso) y/o de valoraciones que asumen la forma de «teorías» jurídicas, o tesis dogmáticas, no constituyen precisamente fuentes del derecho y, por tanto, su eventual aplicación genera serias dificultades.
- f) De todos modos, debemos señalar que el caso de aplicación o inaplicación del D. Leg. n.º 1057 a los obreros de las municipalidades, no tiene precisamente las características de un «caso difícil» desde una perspectiva argumentativa, sobre todo considerando que el D. Leg. n.º

1057 fue reconocido como norma constitucional por el Tribunal Constitucional.

94. Asimismo, debemos establecer que si esta suerte de *distinguishing* que genera la idea de derrotabilidad para inaplicar el D. Leg. n.º 1057 a los obreros de las municipalidades tiene como fundamento central el hecho de que estos no están comprendidos dentro de la «carrera pública» y que en ese sentido no es justo que puedan ser contratados mediante el régimen laboral regulado por el

D. Leg. n.º 1057; este mismo razonamiento (*argumento a simili*) debería aplicarse a todos los obreros de la Administración pública, entre ellos a los choferes del Poder Judicial, del Ministerio Público, entre otras entidades (situación que no es admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema).

95. En suma, considerando que la «creación» de una laguna axiológica y la derrotabilidad del D. Leg. n.º 1057 pueden acarrear consecuencias subjetivas, absurdas y desequilibrantes en el resto de los obreros de la Administración pública, debemos señalar que ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema ha considerado la existencia de una laguna axiológica en el caso, por lo que corresponde asumir que es arbitraria o no razonable la creación de una laguna axiológica que pueda generar la derrotabilidad del D. Leg. n.º 1057.

I. La antinomia y los criterios de solución en el caso

96. Asumiendo, en consecuencia, que el D. Leg. n.º 1057 es aplicable a los obreros de la Administración pública y que, en este sentido, constituye un régimen laboral alternativo o subordinado al regulado por el D. Leg. n.º 728, no es posible establecer la existencia de una antinomia entre ambas normas; siempre y cuando las plazas convocadas por las municipalidades establezcan el régimen laboral que corresponda en consideración a las normas presupuestarias y administrativas que deben observarse en el caso.

97. Sin embargo, en la hipótesis de que a partir de una diversa interpretación se pretende construir una antinomia entre lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley n.º 27972 y el artículo 2 del D. Leg. n.º 1057, considera esta Sala Suprema que existirían mayores razones para privilegiar la aplicación del D. Leg n.º 1057. Esta afirmación tiene fundamento en la aplicación de los criterios de solución de antinomias.

El criterio de jerarquía

98. Entiende en principio que el criterio de jerarquía no resulta aplicable en el caso, en cuanto ambas disposiciones legales tienen la misma jerarquía, es decir, tienen rango de ley. En este sentido, la Constitución y el Tribunal Constitucional en el Exp n.º 047-2004-AI/TC señalan que los decretos legislativos tienen rango de ley.

2.1.3.1.1. Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley

2.1.3.1.1.1. Las leyes

2.1.3.1.1.2. Resoluciones legislativas

2.1.3.1.1.3. Tratados

2.1.3.1.1.4. Reglamento del Congreso

2.1.3.1.1.5. Decretos legislativos

2.1.3.1.1.6. Decretos de urgencia

2.1.3.1.1.7. Las ordenanzas regionales

2.1.3.1.1.8. Las ordenanzas municipales

El criterio cronológico

99. Sobre el criterio constitucional cronológico, ilustrado en el brocardo «norma posterior deroga norma anterior», debemos establecer la existencia de las siguientes disposiciones normativas:

- a) El artículo 37 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el 27 de mayo del 2003.
- b) El artículo 2 del D. Leg. n.º 1057, Decreto Legislativo que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, publicado el 27 de junio del 2008.

100. En el caso, no es difícil establecer que la norma posterior es el D. Leg. n.º 1057 y, en este sentido, por incompatibilidad, señalar que deroga tácitamente el artículo 37 de la Ley n.º 27972. En todo caso, en función del criterio de temporalidad o el de «norma posterior deroga norma anterior», debemos establecer que la norma que prevalece es el D. Leg. n.º 1057, por ser una norma posterior.

El criterio de especialidad

101. La aplicación del principio de especialidad, en nuestro caso, resulta más conflictiva y su análisis requiere de una mayor argumentación. Sobre este principio, señala Tardío Pato⁹¹:

El principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*), que ha sido calificado por nuestra jurisprudencia como principio general del Derecho —tal como comprobaremos *infra*—, junto con el de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) y el de temporalidad o cronología de las normas (*lex posterior derogat legi priori*), es considerado como un criterio tradicional de solución de las antinomias, entendiendo por estas las contradicciones normativas que se producen cuando, ante unas mismas condiciones fácticas, se imputan consecuencias jurídicas que no pueden observarse simultáneamente.

[...]

El principio de especialidad normativa —como destaca N. BOBBIO— hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. Es decir —apostillamos nosotros—, *la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad.*

⁹¹ TARDÍO PATO, José Antonio. «El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales». *Revista de Administración Pública*, n.º 162, 2003, pp. 189-225. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784932>

102. Entiende este Tribunal las dificultades de establecer en el caso cuál es una norma especial y cuál es la norma general, en la celebración de los contratos laborales y el régimen que corresponde. Sin embargo, debemos señalar que la Ley Orgánica de Municipalidades, en el caso, no constituye una ley especial en atención a establecer los regímenes laborales de sus trabajadores. De esta manera debemos precisar que el objeto de la Ley Orgánica es regular la estructura y el funcionamiento de las municipalidades. Así señala el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. n.º 047-2004-AI/TC:

Sobre los requisitos materiales el mismo artículo 106.º prescribe:
Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

103. En este escenario, cuando el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades hace mención a los regímenes laborales del D. Leg. n.º 276 como aplicable a los empleados y el D. Leg. n.º 728 como aplicable a los obreros, lo hace en consideración a que estos son regímenes laborales generales utilizados por la Administración pública y que por tanto pueden ser variados (como ocurrió con el caso de los obreros quienes con la anterior Ley Orgánica de Municipalidades estuvieron sujetos al régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 726).

104. Asimismo, siguiendo un argumento apagógico o *ad absurdum*, debemos establecer que el artículo 37 de La Ley Orgánica de Municipalidades, en cuanto establece que el régimen laboral de los obreros de las municipalidades es el regulado por el D. Leg. n.º 728, pueda ser considerado una ley especial que debe imponerse sobre las normas generales, puede generar consecuencias absurdas en nuestro ordenamiento, entre otras, las siguientes:

- a) El D. Leg. n.º 1057, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, sería inaplicable a todos los trabajadores de las municipalidades incluyendo a los empleados de las municipalidades sujetos al régimen laboral del D. Leg. n.º 276. En este sentido,

asumiendo que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades es una «Ley Especial», los empleados de las municipalidades no podrían ser contratados por el D. Leg. n.º 1057, sino únicamente por el D. Leg. n.º 276.

- b) Este mismo razonamiento sería aplicado a los trabajadores de los otros poderes u organismos constitucionalmente autónomos del Estado, en cuanto, en la mayoría de ellos se consigna el régimen laboral que corresponde a sus trabajadores (que puede ser el regulado por el D. Leg. n.º 728 o el D. Leg. n.º 278). En este sentido, ningún trabajador podría ser contratado por el D. Leg. n.º 1057, si el D. Leg. n.º 728 se pudiera aplicar como norma «especial».
- c) En el caso, además sería de aplicación el principio de igualdad a través de la interpretación *a simili* de «igual razón igual derecho» y, en este sentido, que existiendo leyes primigenias especiales en la Administración pública (que eventualmente se considerarían especiales), el D. Leg. n.º 1057 no sería aplicable en la Administración pública en ningún caso. Esta situación generaría conclusiones absurdas en nuestro ordenamiento.
- d) El legislador, en perspectiva, vería menoscabadas sus atribuciones para regular directamente o mediante delegación de facultades temas vinculados a los regímenes laborales de los trabajadores del Estado. Es decir, una vez establecidos, no podría modificarlos tácitamente por otras disposiciones posteriores.
- e) Dentro de toda la normativa laboral de los trabajadores del Estado los regímenes laborales regulados por el D. Leg. n.º 276, el D. Leg. n.º 728, son normas generales y, en este sentido, el D. Leg. n.º 1057 constituye una norma especial, expedida en un contexto especial, según la sentencia del Tribunal Constitucional.
- f) El D. Leg. n.º 1057 ha sido ratificado como constitucional por el Tribunal Constitucional.

105. Entiende esta Sala Suprema, de acuerdo con el criterio de especialidad, que existen mayores argumentos para establecer que el D. Leg. n.º 1057 debe

ser considerado norma especial y por tanto debe prevalecer sobre la norma general.

J. La aplicación de los principios en el caso

El principio *in dubio pro operario*

106. El principio *in dubio pro operario*, en la perspectiva del Tribunal Constitucional, está vinculado al principio (regla según la doctrina laboral) de la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma⁹².

107. El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Exp. n.º 0008-2005-AI/TC, ha señalado lo siguiente sobre la configuración de este principio:

[...] traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

El principio *indubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de «norma» abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los

⁹² El Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 008-2005-PI/TC ha expresado lo siguiente sobre este principio:

21.

[...]

El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc. (Fundamento 21).

108. En el caso, teniendo en cuenta que esencialmente el conflicto no está vinculado a los distintos significados que pueda tener una disposición normativa (salvo el caso de la laguna axiológica), consideramos que el principio *in dubio pro operario* no resulta aplicable.

Principio de la aplicación de la norma más favorable al trabajador

109. Dentro de la contratación actual de los trabajadores de la Administración pública, se advierten algunas situaciones por las que eventualmente se podría asumir que la aplicación del D. Leg. n.º 728 resulta más favorable a los obreros de las municipalidades que la aplicación del D. Leg. n.º 1057:

- a) Los obreros de las municipalidades sujetos al régimen laboral del D. Leg. n.º 728 no requieren ingresar por concurso público de méritos.
- b) Adquieren estabilidad laboral a los tres meses conforme a lo regulado por el régimen laboral de la actividad privada.
- c) Eventualmente, los trabajadores sujetos al régimen laboral del D. Leg. n.º 728 tienen mayores beneficios laborales que los trabajadores del D. Leg. n.º 1057, gratificación, compensación por tiempo de servicios y todo aquello derivado del carácter remunerativo de ciertos conceptos vinculados a la remuneración.

110. Esta mejora coyuntural (que eventualmente puede variar por la decisión del legislador) que ostentan los obreros de las municipalidades del régimen laboral del D. Leg. n.º 728 sobre sus homólogos contratados por el D. Leg. n.º 1057, en muchos casos hace que los operadores jurídicos, en consideración al principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador, decidan aplicar el D. Leg. n.º 728 para la contratación de los obreros municipales.

111. No obstante, en el caso, debemos asumir que no resulta aplicable el principio de la aplicación de las normas más favorables al trabajador por las siguientes razones:

- a) El principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador, a diferencia de la Constitución de 1979, no está contenido en la Constitución de 1993. De acuerdo con la Constitución de 1993 y a la interpretación del Tribunal Constitucional, este principio es de aplicación únicamente en el ámbito penal.
- b) De esta manera, al constituir una excepción constitucional aplicable únicamente en el ámbito penal y su interpretación extensiva (al campo laboral), eventualmente podría ser considerado como una vulneración a la excepción prevista en la Constitución.
- c) Su aplicación implicaría un serio cuestionamiento a la idea de ordenamiento jurídico constitucionalizado, a la idea de jerarquía normativa y el propio criterio cronológico, señalada por la Constitución y el Tribunal Constitucional.
- d) Una de las finalidades de la Administración pública en el ámbito de la contratación laboral es la mejora en la prestación de estos servicios. De esta manera, en la contratación laboral en el sector público, debe considerarse esta finalidad constitucional y no solamente la idea de la norma más favorable al trabajador.
- e) La aplicación del principio de la norma más favorable al trabajador en este contexto podría implicar una intromisión en la potestad del Legislativo para regular la carrera administrativa o del servicio público. De esta manera ciertas disposiciones normativas favorables al trabajador eventualmente podrían constituir disposiciones pétreas, difícilmente modificables, aun por disposiciones constitucionales posteriores cuyo propósito sea la mejora de los servicios públicos.

112. Finalmente, la aplicación de este principio podría implicar consecuencias absurdas en el ámbito de la contratación laboral. En este sentido, por ejemplo, está el hecho de que la normativa que regula los contratos CAS no sería aplicable a ninguno de los trabajadores del régimen laboral de la actividad pública regulado por el D. Leg. n.º 276 (norma más favorable) ni a los otros

regímenes laborales de la Administración pública; en tanto el régimen laboral CAS constituye un régimen más precario.

El principio de la condición más beneficiosa

113. Como ha señalado anteriormente esta Sala Suprema, ningún principio laboral puede ser aplicado mecánica e irreflexivamente. En este sentido, para establecer la posibilidad de su aplicación, debemos dotar de contenido a este principio:

La regla de la condición más beneficiosa está llamada a operar en aquellos casos en que se identifique una sucesión de normas, en donde la preceptiva derogada del ordenamiento recobra vigencia para así mantener el tratamiento obtenido de su aplicación por conducir a un escenario mucho más beneficioso para el trabajador que aquel que resultaría de emplear la regulación legal que la sustituyó. La condición más beneficiosa supone la existencia de una situación fáctica concreta previamente reconocida y determina que ella debe ser respetada siempre y cuando sea más favorable al trabajador en comparación con la nueva que habría de aplicársele⁹³.

114. En el caso, consideramos que no es posible asumir que el principio de la condición más beneficiosa pueda sostener la inaplicabilidad del régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057 a los obreros de las municipalidades (y la consiguiente aplicación del D. Leg. n.º 728), por las siguientes razones:

- a) Este principio está vinculado a los supuestos de derechos adquiridos del trabajador y no a aquellos que eventualmente pudieran corresponderle o a meras expectativas del trabajador. Es decir, en los obreros que recién ingresan a la Administración pública no existe una situación fáctica previa que, por ejemplo, permita inferir que gozaron de algunos beneficios laborales.
- b) Un trabajador que recién ingresa para laborar en la Administración pública no tiene ningún derecho adquirido (en todo caso solo expectativas) y por tanto no puede alegar la aplicación de la condición más beneficiosa.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-190/15.

115. Asimismo, como veremos en el punto siguiente, esta Sala Suprema debe asumir que el principio de la condición más beneficiosa (tímidamente desarrollada por el Tribunal Constitucional) puede también explicarse en el contexto del principio convencional de progresividad.

El principio convencional de progresividad en el caso

116. Para determinar la eventual aplicación del principio de progresividad y del principio de la condición más beneficiosa al trabajador en el caso, esta Sala Suprema considera necesario acudir a la jurisprudencia comparada (citada por el propio Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 00016-2008-PI/TC), que establece que el principio de progresividad no supone una absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales:

11. Al respecto, resulta pertinente traer a colación el criterio establecido por la Corte Constitucional Colombiana, y que este Tribunal comparte, *«en la idea desarrollada en la sentencia C-168 de 1995 acerca de que la condición más beneficiosa para el trabajador se encuentra plasmada en el principio de favorabilidad en materia laboral. [...] También en la sentencia C-551 de 1993 [...] (l)a Corte explicó entonces que el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior no impide la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene otro sentido, pues hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que les sea más favorable (in dubio pro operario)»* (Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia n.º C-177/05 del 1 de marzo de 2005, consideración n.º 17). Asimismo, *«(e)n la sentencia C-168 de 1995, la Corte estableció que cuando en el inciso final del artículo 53 se dispone que no se pueden menoscabar los derechos de los trabajadores se hace referencia a sus derechos adquiridos y no a las meras expectativas»,* pues de lo contrario, *«se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en*

esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular [...]» (Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia n.º C-177/05 del 1 de marzo de 2005, consideración n.º 15).

12. Asimismo cabe advertir que tal como en su momento fue desarrollado por el Tribunal Constitucional español, «(e)l funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo [...] sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando [...] en orden a su disfrute por sus beneficiarios, en atención a razonables y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional» y que por consiguiente, «tales situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública» (Cfr. Tribunal Constitucional Español. Sentencia n.º 099/1987).

En consecuencia, dicho principio no resulta aplicable en casos como el de autos, en el que se presentan, precisamente, sucesiones normativas.

[...]

15. Por tal razón, en anterior oportunidad (Cfr. Tribunal Constitucional. Expediente n.º 0001-2004-AI/TC. Sentencia del 27 de septiembre de 2004), este Colegiado se ha pronunciado en el sentido de que el principio de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés social que así lo justifiquen [...]

117. El principio de progresividad de los DESCAs (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales) constituye un principio programático y como tal obliga a los Estados a perseguir determinados fines y objetivos abstractos,

que en todo caso permitan su mayor realización como normas programáticas.
En este sentido:

- a) La interpretación de este principio, en la perspectiva de inaplicar el D. Leg. n.º 1057, no puede realizarse a través de una simple aplicación mecánica e irreflexiva; sino vista la totalidad de los DESCAs y el compromiso asumido por el Estado.
- b) De esta manera, es necesario considerar los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad contra el D. Leg. n.º 1057 (Exp. n.º 00002-2010-PI/TC), que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad y entre otros señala que el D. Leg. n.º 1057, que regula la contratación CAS, observa los derechos fundamentales de los trabajadores⁹⁴.
- c) En todo caso, la contratación CAS, en términos prácticos, constituye una mejora respecto a las anteriores formas de contratación del Estado a través de servicios personales o locación de servicios.

118. Asimismo, debemos asumir que la aplicación del principio de progresividad, al constituir un principio programático, debe ser entendido como tal y asumir que la realización de los DESCAs requiere de recursos económicos y financieros de nuestro Estado. En estos casos, inclusive, el Estado puede adoptar medidas de regresividad.

119. En suma, considera esta Sala Suprema que no existen argumentos a partir de los cuales podemos establecer que la dación del D. Leg. n.º 1057 menoscabe el principio de progresividad de los DESCAs y de este modo no

⁹⁴ El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Exp. n.º 00002-2010-PI/TC señala que el D. Leg. n.º 1057 observa el reconocimiento de los derechos fundamentales de contenido laboral. Así:

4. Los derechos fundamentales con contenido laboral o que son aplicados en contratos o relaciones laborales conforme a la Constitución de 1993.

40. Algunos de los derechos consagrados en la Constitución, ya son objeto de reconocimiento en el Decreto Legislativo n.º 1057, como ocurre con la jornada de trabajo y el descanso semanal. También ocurre lo mismo con el descanso anual; sin embargo, la discrepancia de la parte demandante es que solo se conceden en este caso, 15 días, mientras que en el caso de los trabajadores de otros regímenes laborales es de 30 días. Sobre el particular cabe precisar que la Constitución no establece un periodo de tiempo, sino la necesidad de que dicho descanso se dé con la periodicidad señalada.

[...]

constituye una medida legislativa que ponga en cuestión la realización de este principio.

120. Por último, como ya hemos señalado anteriormente, consideramos poco razonable efectuar un control de convencionalidad sobre un principio programático si este no ha sido concretizado o no se ha establecido un parámetro claro de control de convencionalidad. En todo caso, debemos señalar que el Exp. n.º 00002-2010-PI/TC, que declara la constitucionalidad del D. Leg. n.º 1057, presenta argumentos vinculados a la observación de los derechos de los trabajadores y a la situación de contingencia en la que se emite la ley (trabajadores del Estado sujetos a la contratación civil, que no tenían mayores derechos laborales), que permiten establecer que esta disposición normativa no es contraria al principio de progresividad.

K. La Ley n.º 30889

121. La Ley n.º 30889, Ley que Precisa el Régimen Laboral de los Obreros de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales⁹⁵, establece lo siguiente:

Artículo único. Régimen laboral de los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales

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

122. Esta ley tiene como antecedentes el Proyecto de Ley n.º 2853/2017-CR presentado por la congresista Milagros Emperatriz Salazar de la Torre, y el Proyecto n.º 2169/2017-CR, presentado por el congresista Justiniano Rómulo Apaza Ordoñez. De acuerdo con la exposición de motivos de ambos proyectos, el propósito es excluir a los trabajadores obreros de las municipalidades (incluyendo a los empleados en el proyecto del congresista Apaza Ordoñez) de la Ley del Servicio Civil, Ley n.º 30057, tal como ocurre con los servidores del

⁹⁵ Esta ley fue publicada el sábado 22 de diciembre del 2018 en el *Diario Oficial El Peruano*.

Banco Central de Reserva del Perú, del Congreso, etc., que tienen regímenes laborales propios, entre otros.

123. En nuestro ordenamiento jurídico, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial (salvo disposición contraria) y no tiene efectos retroactivos, excepto en materia penal. Así refiere la Constitución de 1993:

Artículo 103.- [...]. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

124. Sobre la interpretación de la disposición normativa, esta Sala Suprema debe afirmar lo siguiente:

- a) Los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales no están comprendidos dentro del régimen laboral establecido por la Ley del Servicio Civil, Ley n.º 30057 (con excepción de los trabajadores de serenazgo de acuerdo a la Ley n.º 31297). Esta interpretación es coherente con la exposición de motivos de la ley.
- b) El régimen laboral que le corresponde a los obreros de los gobiernos regionales y municipales es el D. Leg. n.º 728, régimen laboral de la actividad privada.
- c) Esta ley empieza a regir desde el día 23 de diciembre del 2018 (día siguiente de su publicación) y no tiene efectos retroactivos.
- d) En este sentido, el vocablo «precísase» no puede conferirle una vocación de retroactividad a la norma, en la medida que sería contrario a la Constitución, que prohíbe la retroactividad, salvo en materia penal.

125. En consideración a la redacción del texto normativo y a la aplicación del principio de continuidad laboral debemos establecer que la dación de esta disposición normativa, no supone el cambio automático del régimen laboral de los obreros que se encontraban laborando con anterioridad a la publicación de la Ley n.º 30889. En este sentido, por ejemplo, los trabajadores obreros sujetos al D. Leg. n.º 276, deben seguir manteniendo en su régimen, a no ser que se establezcan situaciones de transición entre los regímenes laborales y que exista aceptación expresa del trabajador para el cambio de Régimen Laboral en su ejercicio de su libertad de contratación.

126. En el caso, corresponde señalar que el artículo 62 de la Constitución establece que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase⁹⁶, a no ser que la modificación contractual de estos contratos celebrados con el Estado, se inscriban dentro de los fines constitucionales de la administración pública y las potestades que tiene el Legislador, para mejorar la prestación de los servicios públicos y el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

127. Asimismo, en consideración a la redacción del texto, debemos señalar que esta disposición normativa no contiene una cláusula de derogación expresa del D. Leg. n.º 276 y del D. Leg. n.º 1057 y no está configurada como una disposición prohibitiva que impida que los obreros sigan laborando en el Régimen Laboral en que estuvieron siendo contratados primigeniamente.

128. Finalmente, como un argumento adicional u *obiter dicta*, debemos señalar que en la hipótesis de la existencia de contratos CAS de los obreros de los gobiernos municipales y regionales, el Congreso no puede cambiar el régimen laboral de los trabajadores sujetos al régimen laboral regulado por el

⁹⁶ Constitución 1993

Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

D. Leg. n.º 1057 y el D. Leg. n.º 276 al régimen regulado por el D. Leg. n.º 728 si es que previamente no ha efectuado un análisis de gasto, tal como establece el artículo 79 de la Constitución: «Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto».

L. Razones adicionales

Los obreros y el acceso a la función pública

129. En el denominado precedente Huatuco, el Tribunal Constitucional ha desarrollado los argumentos relevantes que inciden en el ingreso a la carrera pública. En este sentido, la *ratio decidendi* del precedente Huatuco establece lo siguiente⁹⁷:

1. La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del estado.
2. La carrera pública constituye un bien jurídico constitucional, previsto en el artículo 40 de la Constitución cuyo desarrollo (ingreso, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores) se delega al legislador.
3. La existencia de la Reserva de la ley para la regulación de la carrera administrativa.
4. **La prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un régimen propio de la actividad privada.**
5. **El acceso a la función pública en condiciones de igualdad, tiene el siguiente contenido: i) Acceder o ingresar a la función pública, ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública, y iv) condiciones iguales de acceso [énfasis añadido].**

⁹⁷ BUSTAMANTE, Wilber. «El precedente Huatuco y los obreros de la Administración pública». *Pólemos*, 30 de agosto de 2015. Recuperado de <https://polemos.pe/el-precedente-huatuco-y-los-obreros-de-la-administracion-publica/>

130. En este mismo sentido, en el Exp. n.º 00013-2021-PI/TC se establecen las condiciones en las que se puede acceder al empleo público:

24. Con relación al acceso a la función pública, este Tribunal tiene resuelto que se trata de un «derecho fundamental» cuyo contenido está comprendido por las siguientes facultades (Sentencia 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-AI/TC, fundamentos 42 y 43): a) Acceder o ingresar a la función pública; b) Ejercerla plenamente; c) Ascender en la función pública; y d) Condiciones iguales de acceso.

[...]

37. Generalmente se accede al empleo público mediante concurso público de méritos que se haya regido por los principios de igualdad de oportunidades, de meritocracia y de capacidades de las personas. Una fórmula de acceso contraria a este diseño contraviene el marco normativo sobre el cual se desarrolla la gestión de recursos humanos en el sector público y, además, como se ha advertido supra, debilita el esfuerzo que el Poder Ejecutivo viene desplegando a fin de implementar progresivamente un régimen laboral único (Ley del Servicio Civil) para todos los trabajadores que prestan servicios en las diferentes instituciones públicas del país.

131. A partir de estos argumentos, esta Sala Suprema debe establecer lo siguiente:

- a) El régimen laboral de los obreros de las municipalidades regulado por el D. Leg. n.º 728 no se puede deformar de tal manera que lo convierta en un régimen laboral completamente privado. En este sentido, la aplicación desde el inicio de la relación laboral del D. Leg. n.º 728, sin que el trabajador acceda por concurso público y se desnaturalice apenas transcurridos los tres meses, permite advertir que la contratación de los obreros de las municipalidades no se diferencia del resto de contrataciones de los trabajadores del régimen privado regulado por el D. Leg. n.º 728. Esta situación constituye una deformación del régimen laboral que se debe observar en el marco del empleo público.

- b) Se vulnera el principio constitucional de acceso a la función pública en condición de igualdad. Es decir, solo se permite que accedan a la función o servicio público de aquellos obreros señalados por las autoridades y/o funcionarios de turno, sin dar ninguna posibilidad de acceder al resto de los ciudadanos.

132. Asimismo, asumir que los obreros de las municipalidades puedan acceder al empleo público, sin necesidad de concurso previo, vulnera las normas convencionales suscritas y ratificadas por el Estado peruano, que consagran el principio de igualdad en el acceso a la función pública. En el caso, entre otras, las disposiciones convencionales vulneradas son las siguientes:

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 21

[...]

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Convención Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

[...]

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

133. Del mismo modo, advierte esta Sala Suprema que el acceso a la función pública, sin necesidad de concurso público, vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública⁹⁸.

⁹⁸ BUSTAMANTE, Wilber. «El control difuso desatado: vicisitudes del D. U. 016-2020». *Voto disidente*, 2020. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/votodisidente/2020/10/21/el-control-difuso-desatado-vicisitudes-del-d-u-016-2020/>

La prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el artículo 14, CE, y concretamente en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y funciones públicas, en el artículo 23.2, CE, responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (artículo 1.1). El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública (SSTC 75/1983 y 37/2004).

Asimismo, el Tribunal Supremo español sobre este punto ha señalado lo siguiente:

A partir de los artículos 103 y 106 de la CE, y del régimen jurídico vigente en materia de acceso del personal a la administración pública, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo [aquí está, en mi opinión, la ambigüedad, ya que el Tribunal Constitucional dice que es doctrina del Tribunal Supremo, pero no sabemos si lo es también suya] que la atribución con contrato indefinido de un puesto de trabajo en cualquiera de las administraciones públicas ya sea funcionario o laboral, ha de llevarse a cabo mediante una oferta pública de empleo a través de un sistema basado en los principios de mérito y capacidad como garantía del derecho de todos los ciudadanos a tener acceso en condiciones de igualdad al empleo público, de forma que convertir una relación temporal en una relación laboral a tiempo indefinido, sin cumplir las exigencias y requisitos que con carácter general vienen impuestos para estabilizar una relación jurídica permanente de prestación de servicios con alguna de las administraciones públicas, conllevaría una forma fraudulenta de ingreso en el empleo público, causaría daños significativos al interés general y determinaría perjuicios y discriminación respecto a quienes se someterían con gusto a las pruebas de ingreso legalmente establecidas si no fueran privados de tal oportunidad.

[...]

134. De esta manera, en nuestro ordenamiento asumir que para el ingreso no es necesaria la existencia de un concurso público (diseñado adecuadamente al caso de los obreros) implicaría por lo menos las siguientes consecuencias⁹⁹:

⁹⁹ *Ibidem.*

- a) Vulneración al derecho constitucional y convencional de las personas (obreros) de acceder a la función pública en condiciones de igualdad. No es constitucional prohibirles a los otros obreros para competir a un puesto de la administración pública. En las actuales circunstancias, paradójicamente, su incumplimiento podría dar lugar a un control de convencionalidad.
- b) Mantener una estructura de clientelismo, amiguismo y corrupción en la designación de obreros en la Administración Pública. En el ámbito de las municipalidades es conocida que cada nueva gestión genera una situación de inestabilidad laboral optando por incorporar en los puestos de trabajo a sus allegados o quienes han formado parte de la campaña electoral.
- c) Generar una superpoblación de obreros en la Administración Pública con los costos presupuestales que esto implica, en detrimento de los servicios públicos que deben prestar los gobiernos locales y regionales de acuerdo a nuestra Constitución (arts. 192 y 195).

135. Esta Sala Suprema, asimismo, considera contrario al derecho a la dignidad y al trabajo de los obreros de las municipalidades, el no realizarse y poder ascender dentro de una estructura laboral idónea, que puede comprender incluso un nivel dentro de los obreros¹⁰⁰, asumiendo en todo caso la diferenciación cada vez más obsoleta entre obreros y empleados de la Administración pública.

136. En este escenario, deploramos asumir que los obreros de la Administración pública pudiesen constituir una casta incapaz de progresar y ascender dentro de la Administración pública. Pensemos, por ejemplo, en un obrero que llega a ser técnico o profesional, que no tendría ninguna posibilidad en la carrera pública, tanto más si en muchos casos las funciones predominantemente manuales son bastante tenues de las actividades intelectuales. Esta parece ser una posición compartida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la propia administración pública. En este sentido¹⁰¹:

¹⁰⁰ Diversas municipalidades tienen estructurados niveles para los obreros. Este por ejemplo es el caso de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco.

¹⁰¹ BUSTAMANTE, *op. cit.*, 2020.

- a) En la Administración Pública (por lo menos una parte de ella) asume la idea errada de que no se necesita mostrar ningún mérito ni capacidad para acceder al cargo de obrero. En este sentido, resulta poco razonable asumir que no se requiera de concurso público de capacidad y méritos para acceder a los cargos de seguridad ciudadana, serenazgo, conductores de maquinaria pesada.
- b) La distinción entre obrero y empleado, además de ser casi obsoleta, puede tener una dimensión discriminatoria hacia los obreros, a quienes se les califica únicamente por su función manual. Así, por ejemplo, normativamente no se les permite ascender en la Administración pública.
- c) El reclutamiento de obreros de la Administración pública no puede ser un acto similar al de las empresas privadas, en el que no es necesario ninguna regla. La Administración pública requiere de la consideración de criterios objetivos.
- d) La reposición a menudo implica la vulneración a la intervención en el principio de legalidad y equilibrio presupuestal, aun cuando en el caso debe observarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

137. Finalmente, asumiendo que las decisiones judiciales deben prever las consecuencias que eventualmente pudieran generar, debemos señalar que la contratación de los obreros de las municipalidades, sin concurso público y que inmediatamente pasan a engrosar el aparato estatal, pueden ahogar a las municipalidades, en la medida que los pocos recursos que tienen pueden ser destinados al pago de los gastos corrientes (remuneraciones en particular) restando recursos para una mejora en la prestación de servicios públicos que deben ofrecer a los ciudadanos. El Estado (las municipalidades en particular), en este sentido, está a merced de esos grupos políticos que se asemejan a ese ogro filantrópico que refiere Octavio Paz, en cuanto están dispuestos a favorecer a quienes están en el poder y a sus allegados, manejando los intereses y los recursos del Estado como si fueran propios.

138. En suma, a partir de estos argumentos debemos concluir que los obreros de las municipalidades pueden ser contratados mediante el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057, Ley que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, cuando existan necesidades de servicio y no existan plazas vacantes y presupuestadas dentro del régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728.

139. Esta afirmación, por cierto, no exime la posibilidad de que disposiciones normativas especiales o posteriores establezcan que los obreros de las municipalidades pueden ser contratados mediante contratos CAS.

II. VOTO

Por estas consideraciones mi voto es

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, Luis Saldaña Rojas, mediante escrito presentado el veintidós de junio del dos mil veintidós, que corre en fojas noventa y tres a ciento cuatro; y, en consecuencia,

ESTABLECER que los obreros de las municipalidades pueden ser contratados mediante el régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 1057, Ley que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, cuando existan necesidades de servicio y no existan plazas vacantes y presupuestadas dentro del régimen laboral regulado por el D. Leg. n.º 728.

S. S.

Bustamante del Castillo