

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA EVALUAR EL DESPIDO DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

1. Antecedentes y justificación del precedente

El Tribunal del Servicio Civil (TSC), como órgano encargado de resolver controversias individuales suscitadas al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH), tiene competencia para conocer, entre otros, los recursos de apelación que se presenten contra decisiones de las entidades de la administración pública que versen sobre las materias de régimen disciplinario y de terminación de la relación de trabajo, conforme al artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023.

La trascendencia de la delimitación del contenido y alcances de esta norma para el conocimiento de las impugnaciones contra las decisiones de las entidades de la administración pública que impongan sanciones o extingan la relación de trabajo, exige precisar algunos elementos esenciales de los dos principales regímenes del servicio civil: el régimen de carrera administrativa, regulado por el Decreto Legislativo N° 276, y el régimen de la actividad laboral privada, regulado principalmente por el Decreto Legislativo N° 728.

En la medida que el régimen laboral de la actividad privada tiene un marco legal que no fue diseñado para la administración pública, las decisiones que pudiera adoptar el empleador en el marco de la facultad directriz y del ius puniendi, no tienen naturaleza administrativa, consecuentemente, no son actos administrativos.

Por ello, es necesario dilucidar el ámbito de competencia del TSC en materia disciplinaria y de terminación de la relación de trabajo, cuando la apelación se derive de una relación regulada por el régimen laboral de la actividad privada.

La facultad disciplinaria reconocida por el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, no es irrestricta, pues esta se sujeta al principio



**César Efraín
Abanto Revilla**
(Presidente de la
Primera Sala del TSC)

Abogado y Maestro en Derecho por la USMP. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo de la PUCP, UNMSM y USMP. Ha sido Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MTPE. Ha sido Procurador Público del MTPE y de la SUNAFIL. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo.

de proporcionalidad y a los límites establecidos en la ley, el convenio colectivo y los que el propio empleador se autoimponga, a través, por ejemplo, del Reglamento Interno de Trabajo.

En tal sentido, el empleador sujeto al régimen laboral de la actividad privada puede fijar restricciones o limitaciones para el ejercicio del ius puniendi, regulando, a través de disposiciones internas, criterios o condiciones bajo los cuales se puede determinar el régimen sancionatorio, estableciendo las sanciones que correspondan a dichas faltas; asimismo, puede imponerse procedimientos e instancias internas para la aplicación de sanciones disciplinarias.

En el caso de las entidades del Estado, se ha limitado la facultad disciplinaria de éstas, imponiéndoles en los literales d y e del artículo 17 del citado Decreto Legislativo N° 1023 al TSC para que revise en última instancia administrativa las apelaciones en materia disciplinaria y de terminación de la relación de trabajo, sin hacer distinciones entre los regímenes laborales, estatutarios o de cualquier naturaleza, que vinculen a la entidad con la persona que le presta servicios.

Cuando el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023 crea el TSC y establece las materias a resolver en última instancia administrativa, no sólo está regulando la competencia de dicho órgano colegiado, sino que está transformando de laboral a administrativa, la naturaleza de las sanciones disciplinarias y el despido en el régimen laboral privado (...)

En ese sentido, cuando el artículo 17 crea el TSC y establece las materias a resolver en última instancia administrativa, no sólo está regulando la competencia de dicho órgano colegiado, sino que está transformando de laboral a administrativa, por mandato de una norma con rango de ley, la naturaleza de las sanciones disciplinarias y el despido en el régimen laboral de la actividad privada, cuando el empleador es una entidad estatal bajo el ámbito del SAGRH, como ha sido reconocido por la Resolución de Sala Plena N° 002-2010-SERVIR/TSC.

2. Administración pública y función pública

Para que el Estado pueda cumplir eficiente y eficazmente sus fines y objetivos esenciales, es indispensable la acción dinámica y permanente de un sistema formado por entidades con múltiples acciones, técnicamente coordinadas entre sí, al cual se le denomina, en términos generales, “administración pública”.

En palabras de Morón (2019) la administración pública es un conjunto de entidades que se funda en una metáfora organicista: la administración es el cuerpo integralmente considerado, las entidades son sus diversos órganos, sus dependencias -al interior de las entidades- las subdivisiones de los órganos, y, finalmente, las formas de vinculación entre ellas, constituyen un conjunto de relaciones ínter administrativas (sistemas, sectores, jerarquías, descentralización, adscripción, tutela, control, etc.) (pp. 30-31).

En cuanto parte de los poderes públicos constituidos, tiene indudable relevancia en lo político y jurídico, resultando fundamental para el desarrollo de la vida de las personas y la sociedad en su conjunto, teniendo por misión cumplir diversas funciones y proveer la provisión de bienes y servicios indispensables, como la seguridad, educación, salud, infraestructura, transporte, entre otros.



Para atender dichas labores, el Estado debe contar con el concurso y participación activa de más de un millón de trabajadores, que estarán sujetos a los diversos regímenes laborales públicos y a las variadas modalidades de contratación estatal.

Como veremos más adelante, la regulación de las relaciones de trabajo en el empleo público generando la vinculación de la administración pública con su personal, tiene sus primeros orígenes formales en el Decreto Ley N° 11377, Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (LEESC) -que estuvo vigente por más de 30 años-, sin embargo, se pueden encontrar normas jurídicas que anteceden a dicho estatuto y a la regulación vigente del empleo público (actualmente denominado “servicio civil”), las mismas que han transitado por constantes procesos de deslaborización (teoría estatutaria) y de laboralización (teoría contractualista), que luego desarrollaremos.

En dicho devenir, nos encontramos actualmente bajo un modelo en el cual conviven a la vez diversos mecanismos legales de vinculación administrativa y laboral, como los regímenes generales (Decretos Legislativos N° 276, N° 728, N° 1057, junto con la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil), los regímenes de carreras especiales (profesionales de la salud, magistrados, docentes universitarios, servidores penitenciarios, militares y policías, diplomáticos, etc.), el de los Gerentes Públicos, el Fondo de Apoyo Gerencial (FAG), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Personal Altamente Calificado (PAC), entre otros.

No se debe confundir el concepto “administración pública” con “función pública”, toda vez que este último se debe entender como el desempeño de funciones en las entidades en las que se ejerce la administración, dando así nacimiento al “empleo público”, en el cual el principal protagonista será el potencial humano que atenderá todas las demandas públicas y pondrá en marcha el aparato estatal, bajo un modelo de Estado social y democrático de derecho.

Más allá de esta diferenciación, debemos recordar que, como señala Neves (2014), son tres los elementos esenciales que necesariamente deberían presentarse para estar frente a una relación laboral: i) La prestación personal de los servicios, ii) la subordinación: vínculo jurídico que se constituye entre quien contrata una prestación de servicios y quien la ejecuta; y, iii) la remuneración: retribución de carácter contraprestativo que el empleador otorga al trabajador por sus servicios.

La presencia conjunta de dichos elementos determina la existencia de un vínculo de naturaleza laboral y la aplicación del ordenamiento protector, cualquiera sea la forma jurídica del empleador, pública o privada. Dicha relación, sin embargo, se regirá por las reglas de ordenamientos diferenciados con ciertas características y particularidades propias, delineadas por matices especiales y específicos.

De este modo, no se debe confundir el concepto “administración pública” con “función pública”, toda vez que este último se debe entender como el desempeño de funciones en las entidades en las que se ejerce la administración, dando así nacimiento al “empleo público”, en el cual el principal protagonista será el potencial humano que atenderá todas las demandas públicas y pondrá en marcha el aparato estatal, bajo un modelo de Estado social y democrático de derecho.



La Constitución Política (1993) recoge una serie de menciones específicas sobre el régimen laboral privado (ver artículos 22 al 29) y otras tantas respecto al régimen laboral público (ver artículos 39 al 42). En el análisis de dichas disposiciones se establece lo siguiente:

es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública ([STC]. Exp. N° 008-2005-PI/TC, fundamento 17).

Aunque parece evidente que se ha querido regular de forma separada los regímenes laborales de los servidores públicos y privados, ello no debe entenderse en el sentido que se prevea una diferenciación absoluta entre estas dos clases de relaciones de trabajo, sino en el reconocimiento de que ambas poseen rasgos distintivos característicos que deben y pueden ser mantenidos.

Según Romero (1996) las relaciones nacidas del régimen laboral público y el privado poseen lazos comunes, pero también diferencias sustantivas, tales como el ejercicio de la función pública, que únicamente se presenta en el empleo público (pp.16-17).

De acuerdo con la definición de la Carta Iberoamericana de la Función Pública¹, “está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran este, en una realidad nacional determinada” (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2003, p. 5).

Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general. En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales democráticas.

Para Boyer (2019):

La función pública regula el régimen jurídico de las relaciones entre el Estado y las personas naturales a través de las cuales este desarrolla sus actividades, presta servicios y ejerce sus potestades, que le han sido asignadas por la Constitución y las leyes: equivale a organización (dimensión orgánica), funciones, facultades, competencias, atribuciones o actividades (dimensión funcional) y a personas al servicio de dicha organización (dimensión personal), siendo que esta triple dimensión quiere decir que el poder y las funciones se atribuyen a los cargos ubicados en entidades públicas, pero son las personas quienes lo ejercen y materializan en actos concretos (p.23).

1 La definición de función pública prevista por dicha carta es recogida en el Informe Legal N° 320-2010-SERVIR/GG-OAJ.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional² ha fijado los parámetros por los que se rige la función pública en la Constitución Política, reconociéndola como un derecho, cuyos alcances han sido ratificados por el Poder Judicial³, que la ha definido como el conjunto de actividades que realizan las personas para el Estado, para hacer posible que dicha superestructura jurídica y política cumpla con prestar los servicios a los que está obligada.

Para ejecutar la función pública, el artículo 40 de la Constitución Política (1993) define a la carrera administrativa como “un bien jurídico constitucional”⁴, que es garantizado por nuestra Carta Magna, mediante el cual se regulará el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos; cuyos aspectos de desarrollo se delegan al legislador.

Es así que la carrera administrativa forma parte del régimen jurídico de los empleados y servidores públicos, como un instrumento técnico-normativo de administración del personal en el ámbito del sector público, para garantizar el normal desarrollo de la función pública con sujeción a la Constitución Política y a los valores derivados de ella. Esto es, alcanzar mayores niveles de eficacia y eficiencia, a través de una prestación de servicios de calidad y preservar a los servidores públicos al margen de la injerencia política o de otra análoga ([STC] N° 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-P1/TC, fundamento 80).

Para ejecutar la función pública, el artículo 40 de la Constitución Política define a la carrera administrativa como “un bien jurídico constitucional”, que es garantizado por nuestra Carta Magna (...)

Por lo expuesto, podemos concluir que la carrera administrativa constituye el régimen jurídico de los servidores públicos; configurándose el empleo público o servicio civil, para tales efectos, como finalidad esencial establecer un estatuto de los derechos y deberes de dicho personal sobre la base de la igualdad y el mérito, en el ejercicio de la función pública.

3. El estado como empleador

La regulación de las relaciones de trabajo en el empleo público, como señala Miranda (2004) implica para algunos la adhesión a un régimen estatutario-donde impera las reglas del Derecho Administrativo-; para otros, a un régimen laboral-donde impera las reglas del Derecho del Trabajo. Para dicho autor, mientras en Europa continental el empleo público es un campo de encuentro para la dogmática laboral y administrativa, en el Perú ambos derechos no han confluido: la ausencia de doctrina sobre el tema ha dejado un terreno libre para el legislador y la judicatura, lo que ha producido resultados incoherentes sin una adecuada valoración de los intereses concurrentes.

Desde su punto de vista, el legislador ha demostrado su proclividad por fórmulas del Derecho Administrativo, donde se siente más cómodo para imponer condiciones, huyendo del laboralismo privado formal e imponiendo sus condiciones de autoridad; por su parte, la judicatura, cuando define situaciones no reguladas, resuelve aplicando usualmente solo criterios de Derecho del Trabajo, despreocupándose de otros intereses generales concurrentes, distintos a lo laboral.

2 Ver la STC N° 0008-2005-PI/TC.

3 Ver las Casaciones Laborales N° 11169-2014 La Libertad, N° 13426-2017 Lambayeque y N° 8347-2014 Del Santa.

4 Ver la STC N° 05057-2013-PA/TC (fundamento 8) y N° 00025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-P1/TC (fundamento 81).

Revisemos las teorías predominantes sobre la definición de este tema:

1. La teoría estatutaria o unilatelarista

Se sustenta en el hecho que la naturaleza jurídica de la relación de trabajo en el empleo público es unilateral, surgida por la exclusiva voluntad de la administración, cuyo contenido-por lógica consecuencia- es determinado por el Estado “empleador”.

Haro (2012) sostiene que esta teoría fue defendida por importantes autores franceses, quienes manifestaban que el estatuto legal tiene un acto unilateral de autoridad del Estado en el que para nada interviene la voluntad del funcionario o empleado, a no ser para aceptar el cargo; en cuyo caso, no es otra cosa más que la adhesión a un hecho consumado.

En esta teoría existen cinco postulados fundamentales: (i) una imposibilidad de acuerdo contractual, debido a la desigual posición jurídica de las voluntades en juego (voluntad pública-voluntad privada); (ii) la intransferibilidad del objeto del contrato; (iii) la regulación mediante ley del contenido de la relación de empleo público; (iv) una posición de supremacía de la administración pública una vez iniciada la relación jurídica; y, (v) la retroactividad de los efectos de la relación al momento del acto de nombramiento.

En esa misma línea, Balbín (2005) señala que el ingreso del ciudadano en la organización administrativa lo inserta en una relación de desequilibrio radical, determinada por los sagrados fines a los que sirve. En suma, la sacralización de la que es objeto la función pública que desarrolla el dependiente estatal transforma su prestación en una labor que es altamente cualificada, postergando el factor trabajo a un régimen de subordinación como criterio determinante para la estructuración de un régimen jurídico particular: el empleado se constituyó en un servidor altamente devoto del servicio, con mayores obligaciones y motivación de las que podría resultar en un sistema de libre contratación en el mercado.

Como se puede advertir, el Derecho Administrativo, en defensa del interés de la administración pública, regula la mayoría de los aspectos del empleo público, manteniendo una relación desequilibrada entre los trabajadores públicos y el Estado “empleador”.

2. Teoría contractualista o de laboralización

Sostiene que la relación en el empleo público es de naturaleza laboral y, por tanto, nace de un contrato bilateral en el cual el Estado ocupa la posición de empleador.

La colocación de la relación dentro del ámbito del Derecho Laboral tiene entre otras implicancias el reconocer a la autonomía privada como fuente de derecho en el empleo público. La desvinculación del Derecho Administrativo y la aplicación del Derecho Laboral en las relaciones de trabajo del empleo público produce un fenómeno denominado “laboralización” de la administración.



Para Cantero (2001), este término tiene dos vertientes diferenciadas: por un lado, se utiliza para referirse a la incorporación a la administración pública de personal que no va a estar sometido al Derecho Administrativo; por el otro, hace referencia al proceso de desnaturalización del régimen jurídico público tradicional de la función pública. Este proceso de “despublicación” se produce esencialmente por la inclusión en su régimen tradicional de elementos que provienen del Derecho Laboral.

Esta laboralización apunta a la vigencia de derechos constitucionales laborales y aquellos reconocidos en los convenios internacionales adoptados por el Perú, además a un desarrollo normativo que equilibre estos derechos profesionales con el interés público: razón de ser de la administración pública.

Por ello, la aplicación de esta teoría genera un constante enfrentamiento entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral; sin embargo, debe tenerse en cuenta que en un modelo social y democrático debería avalarse la superación del unilateralismo como técnica de gobierno de las relaciones laborales en la organización administrativa, pasando a los valores y principios previstos en el marco tuitivo del Derecho del Trabajo.

Esta laboralización apunta a la vigencia de derechos constitucionales laborales y aquellos reconocidos en los convenios internacionales adoptados por el Perú, además a un desarrollo normativo que equilibre estos derechos profesionales con el interés público: razón de ser de la administración pública.

Ello no implica la aplicación integral del actual régimen laboral de la actividad privada (normas de jerarquía primaria), sino de la construcción de un derecho que regule el empleo público considerando materias que deben ser referidas por la norma estatal, como las categorías de empleados públicos, reglas de acceso y de salida, régimen de responsabilidades, entre otros; temas sobre los cuales las normas tendrían el carácter de indisponibles.

Díaz (2019), sostiene que es importante reconocer al empleo público como una disciplina jurídica autónoma, ya sea para resolver controversias (en sede administrativa, judicial o arbitral) o para facilitar la actividad legislativa: compartimentar el derecho en áreas especiales termina siendo funcional para los operadores del derecho y para la seguridad jurídica.

3. Modelo mixto: relación de trabajo en el empleo público peruano

En el modelo del empleo público abierto prima la discrecionalidad del gobierno para la selección y gestión del personal de la administración pública; mientras que, en el modelo cerrado, se desarrolla una carrera administrativa en función del mérito y la capacidad.

Teniendo en cuenta ello, la función pública de los diferentes países presenta una mezcla de dichos modelos, con una preponderancia de uno u otro modelo, dependiendo de cada realidad, tradición y matices propios.



El modelo por el cual se ha optado en la administración pública del Perú, como hemos señalado anteriormente (Abanto y Paitán, 2020) es el mixto, en la medida que coexisten el modelo abierto (o de confianza política) con el modelo cerrado (o de carrera), pero siempre con la primacía de este último.

En efecto, desde la promulgación de la LEESC, el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa (LBCA), y de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (LMEP), se ha optado por un modelo mixto, en la medida que el acceso se realiza a grupos ocupacionales, a partir de los cuales se completarán los puestos de trabajo de la carrera administrativa. En palabras de Haro (2012), se ha perfilado una dicotomía entre un acceso a través de cuerpos (modelo cerrado) y una carrera administrativa a través de puesto de trabajo (modelo abierto), que tiene como consecuencia que se genere un equilibrio inestable en el que se supone que los conocimientos y aptitudes que se exigen para el ingreso al grupo ocupacional no son específicos para la ocupación de un puesto concreto.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las relaciones de trabajo en el empleo público, en un primer momento existía una hegemonía de la teoría estatutaria, pasando posteriormente a una teoría contractualista se incorporó en la LBCA, conviviendo con algunos rezagos de la primera, sobre todo en lo que se refiere al ingreso del funcionario público, que se encuentra sujeto al Estado con ciertas reglas especiales y particulares en relación a las del empleado público común.

Entonces, se advierte la existencia de una relación bilateral entre el Estado y sus trabajadores, con el reconocimiento de derechos y obligaciones propios del Derecho Laboral: su aplicación en el empleo público descansa en el desarrollo del modelo de Estado social y democrático de derecho, cuya forma de gobierno está prevista en el artículo 43 de la Constitución Política (1993).

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, es tarea del Estado, a través de la administración como gestora pública, conforme establece el artículo 44 de la Constitución Política, promover y garantizar el bienestar general, que debe fundamentarse en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; para ello, “se deben emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada” ([STC]. Exp. N° 0048-2004-PI/TC, fundamento 38).

Como correctamente anota Miranda (2004), entre la relación del empleo público con la actuación de la administración pública, confluyen de manera directa e indirecta diversos intereses sectoriales, incluido, sin duda, el interés de los trabajadores, pero también el interés de otros grupos de la sociedad que requieren la prestación continua y regular de los servicios públicos, el equilibrio de las cuentas públicas, el ejercicio imparcial de funciones públicas, entre otros. Dicha concurrencia de intereses, que eventualmente podrían entrar en conflicto, origina que la aplicación del Derecho del Trabajo en el empleo público deba considerar ciertas modulaciones que permitan componer razonablemente dichos intereses; respetando los contenidos esenciales de los derechos fundamentales y de las instituciones jurídicas de dicha disciplina.



Para Quispe (2011), el hecho de que el Estado sea el empleador, le atribuye a las relaciones de trabajo del empleo público una gama de derechos y obligaciones diversas de los que tienen los trabajadores privados: podrán ser similares, pero nunca iguales, puesto que la actividad de los empleados públicos siempre tendrá como fin último velar por el interés público.

En términos expuestos por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), la figura del empleador en la administración pública, desde la perspectiva laboral, la ostentan:

aquellas entidades, incluidas las unidades ejecutoras, que ejercen un poder de dirección sobre el trabajador, esto significa que pueden ordenar y dirigir dicha prestación de servicios, así como ejercer el poder disciplinario y la finalización de las relaciones laborales con arreglo a ley (Informe Legal N° 152-2012-SERVIR/GPGRH).

El Estado como empleador, que impone obligaciones y reconoce derechos a los empleados públicos⁵, está conformado por todas las instituciones del Poder Ejecutivo (ministerios, organismos públicos descentralizados, entre otras entidades), del Poder Legislativo (Congreso de la República), el Poder Judicial (conforme a lo previsto en su ley orgánica), los gobiernos regionales (sus órganos y entidades), los gobiernos locales (sus órganos y entidades) y los organismos constitucionalmente autónomos (Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Jurando Nacional de Elecciones, entre otros organismos). En resumen, todas las entidades de la administración pública sujetas al SAGRH, señaladas en el Título Preliminar de la LMEP (artículo III) y la Ley N° 30057 (artículo 1), conforme a la Constitución Política y a las leyes.

4. La aplicación del régimen laboral de la actividad privada

En la medida que, como ya señalamos, el sistema laboral público está conformado por diversos regímenes laborales, que conviven con carreras especiales y con variadas modalidades contractuales, existen diversos derechos y obligaciones para el personal que presta servicios para el Estado, que actúa como único empleador pero sujeto a un complejo grupo de reglas y parámetros.

Para el Tribunal Constitucional, es menester ubicar el régimen laboral al cual adscribe el trabajador concreto, que puede enmarcarse en los Decretos Legislativos N° 276, N° 728 o N° 1057, inclusive en los regímenes especiales u otros ([STC]. Exp. N° 00002-2010-PI/TC). Cada sistema de contratación laboral estatal se rige por su propia normativa, no siendo estos complementos de los otros, aunque todos ejerzan la función pública.

Teniendo en consideración que la “función pública ha sido concebida, desde un punto de vista material, como la realización o desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado” ([STC]. Exp. N° 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-P1/TC, fundamento 18), solo aquellas personas que se inserten orgánica o funcionalmente en la estructura de la administración pública, bajo cualquiera de los regímenes laborales existentes o modalidades de contratación, según corresponda, desarrollarán función pública

5 Informe Legal 310-2012-SERVIR/GG-OAJ, que señala: “En toda relación laboral, el empleador está obligado a pagar al trabajador sus remuneraciones y demás beneficios (de naturaleza remunerativa o no) que correspondan”.

y es justamente como consecuencia del ejercicio de dicha función que se genera una relación que vincula al Estado como empleador y las personas que prestan servicios remunerados bajo subordinación, al servicio del interés general.

La función pública no se identifica por el tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la administración pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado ([STC]. N° 05057-2013-PA/TC, fundamento 8). Por ello, resulta no solo razonable, sino necesario, que el Estado adecue sus formas y formalidades a las circunstancias que se presenten en la ejecución y revisión de las actuaciones de sus servidores, independientemente del régimen laboral al cual pertenezcan, como en este caso.

Como anota Beltrán (2009):

a lo largo de la historia republicana, los servidores del Estado han tenido siempre un régimen legal distinto al de los trabajadores a cargo de empleadores que pertenezcan a estamentos diferentes al público, por la naturaleza del ente que contrata sus servicios, el que representa a la sociedad misma, asumiendo una magnitud tangencial que conlleva un grado de abstracción total respecto a la identificación del verdadero empleador (p. 15).

En esa misma línea, para Pasco (2009):

en el Perú ha sido tradicional y sigue siendo profunda la separación de los trabajadores en dos grandes regímenes jurídicos: el de los funcionarios y servidores del Estado y el de los trabajadores de la actividad privada. Esta diferenciación, que obedece a razones de tradición histórica y jurídica, recogida, sustentada y hasta reforzada por la actual Constitución, presenta, sin embargo, matices (...) por lo que en el mundo laboral (teoría contractualista), la ley actúa como piso; y en el mundo administrativo (teoría estatutaria), la ley es el techo.

Hasta la década de los ochenta del siglo pasado, los trabajadores privados se regían por la Ley N° 4916, mientras que los servidores públicos por el EESC. En esa época, en que el país se recuperaba de un largo gobierno militar, encaminado a recuperar su democracia, que se producen dos hechos trascendentales: por un lado, se dictó la LBCA; y por el otro, se dio inicio a un proceso de migración de los servidores públicos hacia el régimen laboral del sector privado, que se ampliaría con el tiempo.

En tal sentido, el Estado -como empleador- tiene personal sujeto al régimen laboral público y a la vez, al régimen laboral privado. La distinción de uno y otro tiene sustento y acogida en la Constitución Política, e Inclusive en la propia LBCA, que en su Quinta Disposición Final reconoce que existen instituciones públicas cuyo personal está comprendido dentro del régimen laboral de la actividad privada.

Según lo expresado en el Informe Final de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central, creada por Decreto Supremo N° 004-2001-TR, en la década de los ochenta fueron expresamente unificados



dentro del régimen de la actividad privada todos los trabajadores de las empresas del Estado. A mediados de los noventa, dentro de un proceso de reforma del Estado que quedó trunco, una serie de entidades e instituciones comenzaron a migrar hacia el régimen laboral privado; entre ellas, algunas totalmente nuevas, como INDECOPI, OSINERGMIN, CONASEV; otras reconstituidas, como la Contraloría General de la República, SUNAT y Aduanas; e incluso, algunas paradigmáticamente públicas y estatales, como el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

El régimen laboral de la actividad privada, conocido también como el “régimen laboral privado” del empleo público, se rige por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo (LFE), promulgado el 8 de noviembre de 1991, de naturaleza contractual, por lo que se regula por el Derecho del Trabajo, pero con ciertas limitaciones y restricciones de corte presupuestal, principalmente.

Por ello, como precisa SERVIR, la aplicación del régimen laboral privado al personal de la administración pública se realiza con ciertos matices:

se trata de una relación de empleo público (es decir, sometido al régimen estatutario) donde las partes involucradas son, de un lado, funcionarios o servidores públicos, y de otro, las entidades públicas actuando como empleadores. Por lo expuesto, debe tenerse en cuenta que a los servidores públicos sujetos al régimen de la actividad privada les es de aplicación las disposiciones de carácter general (Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, por ejemplo) o aplicación transversal existentes en el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, como la Ley Marco del Empleo Público, la Ley del Código de Ética de la Función Pública, la Ley del Procedimiento Administrativo General, entre otras (Informe Técnico N° 056-2016-SERVIR/GPGSC).

La LFE fue creada con la finalidad de permitir a los empresarios hacer frente a la crisis económica que atravesaba el país, relativizando la estabilidad absoluta, otorgando la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios, además de ampliarse las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos.

Para Rendón (2007), esta norma:

creó varias modalidades de contratación a tiempo determinado con una gran liberalidad, señaló los casos de suspensión del contrato de trabajo y limitó la estabilidad laboral de manera que para los trabajadores que ingresasen en lo sucesivo, si eran despedidos sin causa justa, el juez, ante la propuesta de reposición o por la indemnización, se le pagaba solo la indemnización (p. 503).

En ese periodo de reforma del Estado se optó por la privatización de la mayoría de las empresas estatales y el desplazamiento masivo de servidores públicos hacia el régimen laboral de la actividad privada, produciendo el fenómeno de la “laboralización” de la función pública en casi todas las instituciones y, con ello, la coexistencia de los regímenes laborales público y privado, lo que genera diversos problemas operativos internos, como el manejo paralelo de dos planillas de pago.



Este cambio permitió de cierta manera la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas, permitiendo aplicar dicho régimen en instituciones responsables del régimen monetario, del control de la inflación y déficit fiscal, así como la regulación general de los mercados (inversión, competencia y propiedad intelectual), lo que en permitió la aparición de “islas de eficiencia”.

Pasco (2009) consideraba que:

no se trataba de un fenómeno de “laboralización” del servicio público o de penetración total del Derecho Laboral en las áreas de la administración pública, sino de un fenómeno migratorio: el campo cubierto por el Derecho Administrativo está siendo abandonado por la administración, por gran parte de ella al menos,

aunque como es obvio suponer, permanecen dentro contingentes todavía muy numerosos y mayoritarios (empleados de ministerios y municipios, maestros, etc.) (...) si en los años setenta el leit motiv era estatizar, en los noventa fue privatizar; si entonces se convertían en públicas innumerables empresas privadas, después se quiso manejar como privadas muchas agencias gubernamentales en sectores tan emblemáticos como la recaudación tributaria y aduanera, y la previsión y control estatal de los negocios particulares (p. 117).

La aplicación del régimen laboral privado al personal de la administración público se realiza con ciertos matices, “debido a que se trata de una relación de empleo público (es decir, sometido al régimen estatutario) donde las partes involucradas son, de un lado, funcionarios o servidores públicos, y de otro, las entidades públicas actuando como empleadores”

Si bien la LFE establece una organización para las entidades bajo el régimen laboral de la actividad privada, en cuanto a la clasificación del personal (trabajadores, empleados de confianza y personal de dirección), la determinación de las escalas remunerativas, el reconocimiento de derechos individuales y colectivos, obligaciones, causales de despido justo, entre otros aspectos, que en conjunto permitieron gestionar de manera flexible el personal en la administración pública, al estar comprendido en el Estado, supone también la aplicación de normas supletorias como la LMEP, que prevé los derechos y deberes de los servidores públicos, una nueva clasificación del personal, las reglas generales de acceso al empleo público, así como los principios por los cuales se rige este último. En este caso, la necesaria adecuación y transformación de la naturaleza de las reglas que regulan las sanciones disciplinarias y el despido.



Bibliografía

- Abanto, C. y Paitán, J. (2020). *Instituciones del régimen laboral público*. Gaceta Jurídica.
- Balbín, E. (2005). *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*. Fondo Editorial PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181972>
- Beltrán, J. (2009). *La evolución de los derechos del empleado público*. *Revista Laborem* (9), 15-31. https://www.sptss.org.pe/articulos_laborem/la-evolucion-de-los-derechos-del-empleado-publico/
- Boyer, J. (2019). *El derecho de la función pública y el servicio civil: Nociones fundamentales (Lo esencial del derecho, 40)*. Fondo Editorial PUCP. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170359>
- Cantero, J. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*. Marcial Pons.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (2003). *Carta Iberoamericana de la Función Pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-la-Funcion-Publica-06-2003.pdf>
- Constitución Política del Perú [Const.]. (1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Decreto Supremo N° 003-97-TR. *Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (27 de marzo de 1997)*. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_003_1997_TR.pdf
- Decreto Legislativo N° 1023. *Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos. (21 de junio de 2008)*. <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/normas%20legales/DLeg%201023.pdf>
- Díaz, K. (2019). *El empleo público como disciplina autónoma. La necesidad de superar el diletantismo entre lo laboral y lo administrativo. En Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019. (pp. 291-314)*. PUCP, CICAJ-DAD. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170187>
- El Peruano. (1 de agosto de 2019). *Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la República (Perú)*. Casación Laboral N° 13426-2017 – Lambayeque. Separata de Sentencias en Casación.
- Haro, E. (2012). *Derecho Laboral en la Administración Pública*. (2ª ed.). Ediciones Legales.
- Informe Legal N° 320-2010-SERVIR/GG-OAJ. (6 de octubre de 2010). http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Informes%20Legales/InformeLegal_320-2010-SERVIR-OAJ.pdf

- Informe Legal N° 152-2012-SERVIR/GPGRH (25 de julio de 2012). [1] <https://xdoc.mx/documents/informe-legal-0152-2012-servir-5ea49f098f439>
- Informe Legal N° 310-2012-SERVIR/GG-OAJ. (30 de marzo de 2012). <https://studylib.es/doc/5274211/informe-legal-0310-2012-servir-gg-oaj>
- Informe Técnico N° 056-2016-SERVIR/GPGSC. (18 de enero de 2016). https://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2016/IT_056-2016-SERVIR-GPGSC.pdf
- Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. (4 de julio de 2013). <https://www.gob.pe/es/l/118474>
- Ley N° 28175, Ley marco del Empleo Público. (19 de febrero de 2004). <https://www.gob.pe/es/l/118384>
- Miranda, G. (2004). *Instituciones y perspectivas del Derecho Laboral Público*. Revista Derecho & Sociedad (23), 61-75. PUCP
- Morón, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS)*. Tomo I. Gaceta Jurídica.
- Neves, J. (2014). *Introducción al Derecho del Trabajo* (2ª ed.). PUCP.
- Pasco, M. (2009). *Consideraciones acerca del contrato administrativo de servicios*. Revista Laborem (9), 113-120. SPDTSS. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem9-106-113.pdf>
- Quispe, G. (2011). *Régimen Laboral de los Trabajadores Públicos*. Gaceta Jurídica.
- Rendón, J. (2007). *Derecho del Trabajo: Teoría General* (2ª ed.). Grijley.
- Romero, M. (1996). *Relaciones laborales en el empleo público*. (2ª ed.). Ibídem Ediciones.
- Resolución de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Perú). Casación Laboral N° 11169-2014 – La Libertad [2] (29 de octubre de 2015). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/600c26004fa991ea8eb0bf3c2e1079b4/Resolucion_11169-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=600c26004fa991ea8eb0bf3c2e1079b4
- Resolución de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Perú). Casación Laboral N° 8347-2014 – Del Santa [3] (15 de diciembre de 2015). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Cas.-Lab.-8347-2014-Del-Santa-Legis.pe_.pdf
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 0048-2004-PI/TC. (1 de abril de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 008-2005-PI/TC. (12 de agosto de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 00002-2010-PI/TC. (07 de septiembre de 2010). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010-AI.html>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-P1/TC. (26 de abril de 2016). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00025-2013-AI%2000003-2014-AI%2000008-2014-AI%2000017-2014-AI.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú). [STC]. Exp. N° 05057-2013-PA/TC. (16 de abril del 2015). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>