



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

El precario de la función pública

Tesis para optar el Título de
Abogado

**Randy Stalyn Hidalgo Vera
Carolina Alexia León Arbulú
Juan Carlos Rivera Curay**

**Asesor:
Dr. Orlando Vignolo Cueva**

Piura, octubre de 2025

Aprobación

La tesis titulada “El precario de la función pública”, presentada por los bachilleres Randy Stalyn Hidalgo Vera; Carolina Alexia León Arbulú y Juan Carlos Rivera Curay, en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobado por el director de tesis Dr. Orlando Vignolo Cueva.



Director de tesis



Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Randy Stalyn Hidalgo Vera, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 74376856, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

"El precario de la función pública"

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Carolina Alexia León Arbulú, identificado con DNI: 75746111
- Juan Carlos Rivera Curay, identificado con DNI: 71524368

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Orlando Vignolo Cueva, identificado con DNI: 40714312

Declaro que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi experiencia como investigador, declaro que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 29/09/2025.



Firma del autor¹



Firma del asesor¹

¹ firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Carolina Alexia León Arbulú, egresada del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 75746111, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:
"El precario de la función pública"

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.
Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Randy Stalyn Hidalgo Vera, identificado con DNI: 74376856
- Juan Carlos Rivera Curay, identificado con DNI: 71524368

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Orlando Vignolo Cueva, identificado con DNI: 40714312

Declaro que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi experiencia como investigador, declaro que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 29/09/2025.



Firma del autor¹



Firma del asesor¹

¹ firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Juan Carlos Rivera Curay, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 71524368, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

"El precario de la función pública"

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Randy Stalyn Hidalgo Vera, identificado con DNI: 74376856
- Carolina Alexia León Arbulú, identificado con DNI: 75746111

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Orlando Vignolo Cueva, identificado con DNI: 40714312

Declaro que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi experiencia como investigador, declaro que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 29/09/2025.



Firma del autor¹



Firma del asesor¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A mis padres, cuyo ejemplo de constancia, apoyo, resiliencia, y amor incondicional, han guiado y sustentado mi camino académico y personal. Cada logro es de ustedes.

A mi abuela María, porque mientras me acompañó fue siempre mi sostén en los momentos en que más la necesité, faro de sabiduría y ternura, y fuente inagotable de mi inspiración, enseñándome con su ejemplo el valor de la fortaleza, la bondad y el amor incondicional.

A mi familia, por el apoyo durante toda mi etapa de formación profesional.

Randy Stalyn Hidalgo Vera

A mi papá, por su apoyo incondicional, su ejemplo de esfuerzo y por caminar siempre a mi lado en cada paso de este camino.

A mi tía, por su compañía constante, sus palabras de aliento y su fe en mí incluso en los momentos más difíciles.

A mi mamá, con todo mi amor y gratitud, por las enseñanzas que me dejó y que hoy me guían. Espero que, donde esté, se sienta orgullosa de lo que he logrado.

Carolina Alexia León Arbulú

A mi familia, por ser mi fuerza y apoyo en cada etapa de mi vida.

A ti, mamá, por tu amor incondicional, tus palabras de aliento y comprenderme en todo momento.

A ti, papá, porque incluso en los momentos más difíciles nunca has dejado de apoyarme.

Este logro es tan mío como suyo. Gracias por creer en mí cuando yo dudaba, por cada sacrificio silencioso y por enseñarme que, con esfuerzo y gratitud, todo es posible.

Con todo mi amor, esta tesis es para ustedes.

Juan Carlos Rivera Curay

Agradecimientos

Expresamos nuestro más sincero agradecimiento a nuestras familias, por su apoyo constante, su paciencia y la fortaleza que nos brindaron durante todo este proceso.

A la Dra. Ana Cecilia Crisanto por su apoyo y valiosas orientaciones en las etapas iniciales, que sentaron las bases para el desarrollo de nuestra investigación.

Al Dr. Orlando Vignolo Cueva, por su constante guía, compromiso y generosidad al compartir su conocimiento, aportando con ello al crecimiento y solidez de este trabajo.



Resumen

La tesis tiene como objetivo aportar un análisis sobre los alcances que tendrá en el empleo público peruano la inclusión de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” realizada por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC. Esta figura, de origen jurisprudencial español, nace con el fin de “proteger” a los servidores públicos que ingresan a laborar en entidades públicas mediante contratos temporales, empero que, ocupan plazas cuya necesidad e importancia justifican que deban ser cubiertas siguiendo un concurso público de méritos.

En ese contexto, se busca comprender la naturaleza jurídica de esta ficción, sus implicancias, así como los desafíos que plantea su implementación en la estructura legal de la función pública en el Perú.

Sobre esta base, en el primer capítulo abordamos el nacimiento de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el derecho español, los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes que sobre esta se hayan emitido, así como la estructura organizativa y normativa actual de la función pública peruana, para terminar, trayendo a colación los principios del derecho que convergen y/o colisionan cuando hablamos de esta figura.

En el segundo capítulo, se expone la problemática que viene suscitándose en la contratación pública de personal respecto al uso de contratos civiles o temporales para cubrir plazas necesarias y presupuestadas, así como los intentos de los órganos jurisdiccionales peruanos para superarla, teniendo como punto de quiebre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional con el denominado precedente vinculante “Huatuco Huatuco” sobre el que determinada la desnaturalización del contrato deberá ordenarse la reposición por existir una relación laboral a plazo indeterminado, hasta finalmente llegar a la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC, en la que, se dispuso la reposición temporal de la demandante hasta la realización del concurso público de méritos, dando con ello ingreso al Perú a la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”.

En el tercer capítulo, desglosaremos la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, su naturaleza, partes, vinculación con la normativa peruana actual y sus formas de extinción; ello con la finalidad de advertir sus virtudes, pero, sobre todo, aquellos problemas que se han advertido en la jurisprudencia nacional e internacional respecto a la aplicación de esta figura.

Finalmente, en el cuarto capítulo, partimos de la diferenciación entre el precedente vinculante Huatuco Huatuco y la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” para abordar distintos inconvenientes que a la fecha tiene la inclusión de esta última en el ordenamiento peruano con especial énfasis en la afectación que a la estructura democrática de la función pública generaría

la continua aplicación de esta por parte de los órganos jurisdiccionales; sin perjuicio de ello, nos permitimos plantear una postura intermedia que adopta al “trabajador indefinido no fijo” como solución intermedia, siempre que sea acompañada de una regulación normativa con la finalidad de no convertirse en un cajón de sastre que ampare la continuidad y/o ingreso de servidores en la función pública sin haber cursado y aprobado el debido concurso público de méritos.



Tabla de Contenido

Introducción.....	13
Capítulo 1 Antecedentes	17
1.1 Orígenes y desarrollo de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”	17
1.1.1 Inicio y desarrollo de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en España.....	17
1.1.2 Pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-86/14.....	18
1.1.3 El “trabajador indefinido no fijo” y su inclusión en el derecho peruano ...	19
1.2 Situación actual de la función pública y los regímenes de contratación en el Perú	20
1.2.1 Visión preliminar del acceso a la función pública	21
1.2.2 Ley del Servicio Civil: Ley N.º 30057	25
1.2.3 Ley Marco del Empleo Público: Ley N.º28175	29
1.3 Modelos organizativos de la función pública	32
1.3.1 Régimen laboral público en el contexto peruano	33
1.4 Elementos conceptuales que convergen en la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”	34
1.4.1 Igualdad de trato y no discriminación.....	35
1.4.2 Mérito y capacidad	35
1.4.3 La provisión presupuestaria	36
1.4.4 Primacía de la realidad.....	37
1.4.5 La estabilidad laboral.....	38
Capítulo 2 El Nuevo Enfoque Jurisprudencial Del Tribunal Constitucional.....	39
2.1 Antecedentes a la Sentencia N.º 02748-2021 PA/TC.....	39
2.1.1 La problemática en torno a los contratos de locación de servicios entre la Administración pública y los particulares.....	39

2.1.2	Pronunciamientos anteriores de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la problemática planteada.....	40
2.1.3	Una primera solución: El precedente vinculante Huatuco Huatuco	44
2.1.4	Ineficacia en la aplicación del precedente Huatuco Huatuco	47
2.2	Contenido de la Sentencia del Expediente N.º 02748-2021-PA/TC.....	49
2.2.1	Resumen de los hechos materia de controversia	49
2.2.2	El criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional.....	51
2.2.3	La continuidad del criterio jurisprudencial	52
2.2.4	Crítica al criterio jurisprudencial adoptado por nuestro Tribunal Constitucional	54
	Capítulo 3 El Trabajador Indefinido No Fijo.....	57
3.1	Naturaleza de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”	57
3.1.1	El carácter indefinido	58
3.1.2	El carácter no fijo	59
3.2	La normativa peruana del empleo público y el “trabajador indefinido no fijo”	60
3.3	Peculiaridades sobre las partes que conforman la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”	63
3.3.1	El trabajador como parte de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”	63
3.3.2	La Administración pública como parte de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”	64
3.4	Formas de extinción de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”	65
3.4.1	La cobertura de la plaza por procedimiento reglamentario.....	65
3.4.2	La amortización de la plaza.....	66
	Capítulo 4 Alcances jurídicos de la inserción de la ficción jurídica del trabajador indefinido no fijo en el Ordenamiento Jurídico Peruano	68

4.1	Diferencias entre el precedente Huatuco Huatuco y el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC	68
4.2	Inconvenientes prácticos causados por la inclusión de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento jurídico peruano	70
4.2.1	Los problemas organizativos y presupuestales originados por la reposición del “trabajador indefinido no fijo” a la función pública.....	71
4.2.2	La amortización de plazas: ¿Una amenaza a la estabilidad del trabajador indefinido no fijo?	73
4.2.3	Casos en los que el trabajador indefinido no cumpla las exigencias mínimas para ocupar la plaza.....	74
4.3	Análisis jurisprudencial sobre la reposición laboral en la contratación pública y los límites del precedente Huatuco	76
4.4	Vigencia de la Ley N.º 24041 y su influencia en la reposición de trabajadores públicos	77
4.5	Equilibrio entre intereses públicos y laborales	78
4.5.1	La ficción jurídica como solución intermedia	78
4.5.2	Necesidad de regulación normativa	80
	Conclusiones	82
	Referencias.....	84

Introducción

La presente investigación busca analizar la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” desde una perspectiva jurídica, con especial énfasis en su naturaleza y posibilidad de aplicación dentro del ordenamiento jurídico peruano. Esta ficción, originada en la jurisprudencia española, ha sido adoptada de manera progresiva por nuestro sistema judicial como una forma de respuesta frente a contrataciones “irregulares” por parte de la Administración pública. En ese contexto, se busca comprender la naturaleza jurídica de esta ficción, sus implicancias, así como los desafíos que plantea su implementación en la estructura legal de la función pública en el Perú. El estudio parte de un análisis jurisprudencial y doctrinario, contrastando el desarrollo de esta figura en el derecho comparado con su recepción y aplicación, con la finalidad de aportar a una mejor comprensión del fenómeno y de su encaje normativo en nuestro país.

Así bien, esta ficción surge cuando erróneamente la Administración pública contrata personal mediante contratos temporales o civiles, para labores que por su necesidad deben ser cubiertas por plazas debidamente presupuestadas, que en cuanto se encuentren vacantes deben ser sometidas al respectivo concurso público de mérito y capacidad, de forma que sean ocupadas por personas realmente merecedoras de estas, siendo que, desnaturalizado el contrato de trabajo se quiere pretender la adquisición de estabilidad por parte de un funcionario temporal.

Así, la doctrina laboral defiende que la irregularidad provocada por las propias entidades públicas produce la existencia de una relación laboral válida indefinida entre los trabajadores, que ingresando sin cursar concurso público de mérito alguno han venido prestando labores necesarias y permanentes, y las entidades contratantes; sin embargo, el problema radica en que reconocer dicha condición indefinida implica provisionar una plaza pública con una persona cuya capacidad y mérito es cuanto menos cuestionable, mucho más, cuando como veremos después, los juzgadores no en pocos casos han optado por atender pretensiones restitutorias presentadas por ex trabajadores.

El planteamiento de esta pretensión restitutoria es el *quid* del asunto, pues, por un lado, un sector de la doctrina entiende que la reposición debe estar proscrita en cuanto el trabajador que se pretende reponer no ha participado, ni ha aprobado, el debido concurso de méritos para ocupar dicha plaza, mientras que, en contraposición, otros autores entienden que erróneo sería pensar que el efecto de la contratación irregular por parte de la Administración pública debe ser soportado por el trabajador. Por ello, recae sobre los juzgadores la obligación de decidir si ordenar la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, o, en contra parte, denegar la misma

en virtud de la necesidad del concurso público y la ausencia de una plaza debidamente presupuestada.

En el contexto antes señalado, en los tribunales españoles se concibió la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” por medio de la que se ordena la reposición del empleado público de forma temporal, hasta que la Administración pública convoque al debido concurso de méritos, siendo que, si este quiere permanecer en su plaza, debe presentarse a aquel y aprobarlo.

Ahora bien, el problema respecto de la posibilidad de ordenar la reposición de aquellos trabajadores cuyos contratos se han visto desnaturalizados sin afectar el marco constitucional y legal previsto para la contratación de personal dentro de la Administración pública no ha sido ajeno al Perú. Al respecto, como se desarrollará en la presente investigación, a lo largo de los años, los tribunales peruanos de la más alta investidura han ido variando su criterio al momento de decidir respecto del problema planteado, siendo que, en una de estas variaciones es que se ha insertado la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” dentro de nuestro ordenamiento, empero, a la fecha sus alcances carecen de la debida precisión que merece, pues, como ha advertido el Dr. Vignolo Cueva (2019), la falta de una teoría organizativa sólida en América Latina ha provocado efectos negativos en la estructuración funcional de la función pública, afectando tanto a los operadores como a los propios empleados de la administración, por lo que, mediante un análisis de su origen, problemas ya advertidos y la legislación vigente en nuestro país, hemos de clarificar, con la finalidad que los operadores jurídicos cuenten con una herramienta para comprender dicha figura.

Por ello, en el primer capítulo daremos explicación al nacimiento de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento español, así como, los pronunciamientos más relevantes que sobre la materia han emitido los tribunales españoles como los internacionales, V.gr. el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Seguidamente analizaremos la situación actual de la función pública peruano tomando como base las principales normas de contratación laboral administrativa, dándole principal incidencia a los problemas que cada régimen presenta”. Finalmente, para concluir con los aspectos preliminares, cerraremos dicho capítulo definiendo y analizando aquellos principios del Derecho Administrativo y del Derecho Laboral que pueden converger y colisionar al momento de determinar una correcta aplicación de la precitada ficción jurídica.

En el segundo capítulo, analizaremos el criterio jurisprudencial adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC, por el cual se insertó la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento jurídico

peruano. Para ello, partiremos de un análisis de la problemática que se genera en cuanto la Administración pública ha venido utilizando la locación de servicios y otras formas de contratación temporal como medio para contratar personal en puestos que por su naturaleza deben ser cubiertos por trabajadores permanentes, siendo que dicha actuación da lugar a una desnaturalización de contratos.

Explicado lo anterior, pasaremos a analizar los distintos pronunciamientos y criterios que ha ido dando el supremo tribunal respecto de la posibilidad de otorgar la reposición del trabajador en el puesto o cargo que venía ocupando, con la finalidad de demostrar no solo las contradicciones en las que ha caído, sino también, la ineficacia que en la práctica han tenido para solucionar la controversia central, es decir, la contratación irregular por parte de la Administración pública en perjuicio de los trabajadores. Posteriormente, cerraremos analizando el contenido de la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC, de forma que podamos establecer las condiciones fácticas en las que se dictó el criterio jurisprudencial que recoge la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, el cual trajo consigo que se ordenara la reposición temporal del trabajador cuyo despido adolece de nulidad, y conminó a la Administración pública a realizar el respectivo concurso público de mérito, Además, se abordará cómo este nuevo enfoque ha sido sostenido en decisiones posteriores del supremo intérprete de nuestra Constitución, y se incluirá una valoración crítica sobre su alcance, en relación con los principios constitucionales de la función pública.

En el tercer capítulo abordaremos el análisis detallado de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, comenzando por su naturaleza jurídica, analizando los elementos que le otorgan su carácter particular dentro del régimen de la función pública. Se detallará en qué consiste su condición indefinida y, a la vez, la naturaleza no permanente de su vínculo con la Administración, lo que la distingue de otras formas de relación laboral en el sector público. Asimismo, se examinará cómo esta ficción se enmarca en las disposiciones de la Ley Marco de la función pública, evaluando su aplicabilidad y las limitaciones normativas que existen, especialmente en lo referido a las entidades estatales a las que no se les reconoce esta posibilidad, como sucede con las empresas públicas.

Posteriormente, se analizará el vínculo entre el trabajador y el Estado, considerando los efectos legales de esta relación atípica, así como las responsabilidades y derechos que nacen para ambas partes. Finalmente, se abordarán las circunstancias en las que esta ficción puede extinguirse, ya sea mediante la convocatoria a concurso público que permita cubrir la plaza de forma regular, o a través de la amortización de esta, examinando las implicancias legales y

prácticas que estas vías suponen, tanto para el trabajador como para la estructura organizativa del Estado.

El cuarto capítulo concluye el desarrollo del trabajo, centrando su atención en las implicancias jurídicas que trae consigo la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial. Este análisis tiene el propósito de identificar las principales problemáticas que la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” podría generar dentro del ordenamiento jurídico peruano. El objetivo es ofrecer un marco interpretativo claro y preciso sobre los efectos que puede ocasionar la aplicación de este criterio.

Asimismo, se procederá al análisis de la Ley N.º 31298, la cual prohíbe los contratos de locación de servicios en el sector público y que fue presentada con la finalidad de mitigar los efectos del uso abusivo de esta modalidad contractual por parte de la Administración pública. Se demostrará su ineficacia como mecanismo de solución frente a la problemática de la contratación irregular.

Finalmente, se pone en evidencia que la figura del “trabajador indefinido no fijo”, aunque planteada como una salida intermedia frente a la contratación irregular en el ámbito público, sigue siendo una solución limitada y provisional. Lejos de ofrecer una respuesta estructural al problema, su aplicación apenas mitiga los efectos negativos de una práctica administrativa deficiente, sin abordar sus causas de fondo. En ausencia de una regulación precisa y coherente, esta figura corre el riesgo de consolidar la excepcionalidad y mantener la informalidad en el acceso al empleo público, en lugar de promover una reforma efectiva y respetuosa de la seguridad jurídica.

Todo ello con el fin de evidenciar que la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” puede representar una solución intermedia —aunque todavía precaria— ante este escenario, contribuyendo a reducir la afectación a la seguridad jurídica que estas situaciones generan.

Cabe precisar que, la presente investigación ha sido desarrollada aplicando una metodología de estudio dogmática, basada en el estudio del ordenamiento jurídico desde la norma, doctrina y jurisprudencia (López, 2011). En ese sentido, se ha realizado el respectivo análisis de las normas, principios y figuras tanto del Derecho Laboral como del Derecho Administrativo buscando hallar un balance entre los intereses del Estado por tener personal capacitado y el interés del trabajador de gozar de una adecuada estabilidad laboral.

Capítulo 1

Antecedentes

1.1 Orígenes y desarrollo de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”

1.1.1 *Inicio y desarrollo de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en España*

El inicio de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” ocurre en la última década del siglo XX, naciendo como una creación jurisprudencial y remedio necesario frente a la imposibilidad de adquisición de fijeza en el ámbito de la contratación pública y la existencia de los contratos laborales por tiempo determinado (temporales) que se desarrollaban de manera fraudulenta; teniendo como principal problema de que si se buscaba cumplir con las exigencias normativas y los principios en torno del acceso al empleo público, no se podía asemejar esta figura con respecto de los trabajadores con contrato fijo de planilla que poseen una vinculación con la Administración pública, es decir, un contrato temporal irregular no podía convertirse en un contrato fijo sin generar ningún tipo de afectación normativa.

Dicho lo anterior, cabe resaltar que se habla de un origen jurisprudencial debido a que su desarrollo y análisis, el cual generó diversas posturas y pronunciamientos, se dio por medio de una serie de sentencias, en las cuales convergen diversas posturas. En primer lugar, según la Sentencia del Tribunal Supremo de España (1989), no se puede concebir automáticamente al trabajador como indefinido solo por el hecho de que haya existido fraude en la contratación temporal del mismo, debido a que se estaría lesionando de manera clara el derecho de las personas que quisieran acceder a ello a través del proceso correspondiente de selección para servir a la Administración pública. En segundo lugar, viene la Sentencia del Tribunal Supremo de España (1991), en la cual se sustenta un análisis distinto, ya que mencionan que es innegable que los “trabajadores indefinidos no fijos” debido a la relación que se establece entre el trabajador y el empleador, no estén dotados de fijeza, sin embargo, hace hincapié que, si bien esto se debe entender de esta forma, con ello no se puede desnaturalizar la relación laboral, de forma que esta se vea convertida en una relación administrativa (funcionario-entidad), con los efectos que ello conlleva.

En tercer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de España (1996), aún vigente, revocó y sustituyó una declaración previa que consideraba a los trabajadores demandantes como fijos. En su lugar, estableció que la relación contractual entre los trabajadores y la Administración pública no era de carácter fijo, sino más bien indefinido. Este cambio se fundamentó en el sistema de ponderación de mérito y capacidad. Posteriormente, se reafirmó esta postura con la Sentencia del Tribunal Supremo de España (1998). En esta última, se sostiene que la Administración pública no puede asegurar la permanencia del puesto de trabajo

mediante una adscripción definitiva en la planilla. En cambio, está obligada a adoptar medidas para la provisión regular del mismo, es decir, solo cuando esta se realice legalmente, se considerará una causa lícita para extinguir el contrato (Tribunal Supremo, 1998).

Es así, tras todo lo mencionado el cómo inicia esta ficción jurídica a dar sus luces en España, sin poder dejar de lado en este contexto, un pronunciamiento dado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que representa los inicios de la instauración de esta en la realidad, atendiendo varias cuestiones planteadas en base a los trabajos de carácter temporal, el cual mencionaremos en este siguiente acápite.

1.1.2 *Pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-86/14*

A modo de resumen, se debe saber que este pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea surge en base a la petición de que se emita una decisión prejudicial en relación al conflicto entre Marta León Medialdea y Huétor Vega, quienes tenían una relación laboral en la cual ella fue contratada de manera temporal por obra o servicio determinado, trabajando de forma ininterrumpida hasta el 17 de diciembre de 2012, fecha en la cual se decidió suprimir su puesto de trabajo, junto con otros más, en ocasión al cierre del local y reducción del personal, sin darle indemnización alguna por la extinción de su contrato; a lo que la agraviada al tomar conocimiento y no estar de acuerdo con ello, interpone recurso pidiendo la improcedencia de su despido, junto con su readmisión al puesto de trabajo y una indemnización por ello. Por ende, el Juzgado de lo social N.º 01 se pronuncia, pero como se mencionó al inicio, decide suspender el procedimiento y remitir una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia europeo para que sean atendidas.

Es entonces que, tras el análisis correspondiente en torno de la admisibilidad de la petición, el tribunal la declara admisible y emite el siguiente pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión:

- Con respecto de la primera cuestión prejudicial:

El tribunal consideró que efectivamente tal situación, como lo es la de la demandante, debe ser resuelta aplicando las disposiciones del acuerdo marco ya que, tal acuerdo va a ser aplicado a todos aquellos trabajadores que poseen una relación laboral de duración determinada con su empleador, en la cual los servicios que prestan les son retribuidos. Siendo esto lo que ocurre en el litigio principal, claro es sin que se deba tener en cuenta que se cataloga a modo de sanción como “contrato indefinido no fijo”, pues de igual forma con ello no va a ver afectada su naturaleza contractual.

- Con respecto de la segunda cuestión prejudicial:

El tribunal hace una comparativa entre el acuerdo marco y la normativa nacional, para resolver la cuestión planteada en torno a si es que efectivamente estos se oponen entre sí en el establecimiento de una medida efectiva para sancionar los abusos ocasionados por el uso de la figura del “contrato indefinido no fijo” dentro de la Administración pública; llegando a la conclusión que esta oposición si ocurre, siendo que el derecho interno no cumple con las exigencias adecuadas para que se considere que recoge una medida efectiva para sancionar dicha situación.

- Con respecto de la tercera y cuarta cuestión prejudicial:

El tribunal dispone que en estos casos, como lo es el abuso de la figura de los contratos de duración determinada, es tarea del juzgado remitente (o de los tribunales nacionales competentes) aplicar de la manera más idónea las disposiciones recogidas en el derecho interno, para que de esta manera, por medio de su interpretación, pueda saber con exactitud la naturaleza de la indemnización y de esta forma, poder concluir si esta es una medida suficiente y adecuada para sancionar tales hechos que acontecen en la práctica.

1.1.3 El “trabajador indefinido no fijo” y su inclusión en el derecho peruano

La ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” proviene del derecho comparado (España) y ha sido introducida de forma progresiva en el Perú a través de pronunciamientos judiciales, especialmente del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. Empero, actualmente, esta figura no encuentra respaldo normativo expreso en nuestro ordenamiento jurídico, y su aplicación, más allá de pretender corregir abusos contractuales, termina generando tensiones profundas con los principios esenciales que rigen la función pública.

Desde una perspectiva crítica, no resulta jurídicamente admisible importar una figura nacida en otro sistema jurídico sin realizar un proceso riguroso de adaptación y evaluación de compatibilidad teniendo en cuenta el marco constitucional y administrativo peruano. La contratación de empleados en el sector público del Estado peruano no puede desligarse del respeto al principio de legalidad, mérito e igualdad de oportunidades, pilares sobre los cuales se sustenta el régimen de función pública.

Aceptar la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” sin una regulación legal específica equivale a legitimar una vía excepcional que termina consolidando situaciones laborales que surgieron al margen de los procedimientos exigidos por la normativa administrativa. Esto no solo afecta gravemente la seguridad jurídica, sino que termina debilitando la coherencia del régimen de acceso a la función pública, promoviendo soluciones particulares en detrimento del interés general y del ordenamiento jurídico vigente.

Es menester recordar que el Derecho Administrativo es el derecho común y normal de la Administración pública, y como tal, debe prevalecer frente a un enfoque puramente laboral que, si bien persigue la tutela de derechos individuales, puede conducir a distorsionar el funcionamiento regular del “aparato estatal”. No se trata de negar la existencia de relaciones laborales irregulares en el Estado, sino de enfrentarlas desde una respuesta institucional ordenada y no mediante ficciones jurídicas sin fundamento normativo o sin regulación propia.

Empero, si, pese a ello, el legislador decidiera incorporar esta ficción de manera formal en el Perú, es indispensable que lo hagan a través de una ley expresa, que defina claramente los supuestos de aplicación, los derechos reconocidos y en especial los límites de su alcance, respetando los principios del Derecho Administrativo y asegurando que esta excepción no se convierta en la regla.

De modo de resumen, la aplicación acrítica de la ficción jurídica del trabajador indefinido no fijo en el Perú no solo representa una solución precaria a un problema estructural, sino que también evidencia una peligrosa inclinación a priorizar el interés individual sobre el principio de legalidad y la función pública entendida como servicio al ciudadano. La verdadera solución no es forzar el encaje de una figura extranjera, sino diseñar respuestas normativas coherentes compatibles con nuestro marco constitucional y con los pilares que sustentan el Estado Constitucional de Derecho en el que nos encontramos.

1.2 Situación actual de la función pública y los regímenes de contratación en el Perú

La situación actual de la función pública y, por consiguiente, de la Administración pública en nuestro país se encuentra en un constante desarrollo, influenciada por diversos factores políticos, económicos y sociales en los últimos años. El Perú se encuentra inmerso en diversos procesos de reforma y desarrollo en busca de una gestión pública más eficaz, transparente y orientada al servicio de la nación; no obstante, esta tarea se ve obstaculizada por lo que Dr. Vignolo Cueva (2019) denomina una “práctica muy viciosa sin buena teoría administrativista”, lo que se traduce en ordenamientos sin una correcta sistematización ni respeto por los principios organizativos, debilitando así el desarrollo de una función pública profesional”.

Por otro lado, nuestra Constitución Política, en su Capítulo IV, desarrolla los aspectos fundamentales de la función pública. Así, establece que el fin último de la función pública es “estar al servicio de todos los ciudadanos”, es decir, de la nación, con evidente sumisión a los derechos fundamentales de las personas y a la primacía de nuestra Carta Magna, como norma máxima de nuestro ordenamiento jurídico.

En el Perú la función pública se rige por varios regímenes de contratación, cada uno con sus propias características y regulaciones específicas, que influyen en los derechos y condiciones de trabajo de los empleados públicos. Aquí encontramos:

- En primer lugar, a los empleados públicos regidos por el Decreto Legislativo N.º 276, que al ser estatutario, regula las relaciones laborales con la función pública a través de normas de derecho público, por ende, las condiciones de estos empleados estarán necesariamente establecidas y predeterminadas por el Estado, sin acuerdo individual de por medio, teniendo como resultado, claramente a partir de haber ingresado a través de un concurso de méritos, entrar a la carrera administrativa y gozar de estabilidad laboral.
- En segundo lugar, a los empleados contratados que se rigen por el régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS), regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057, creado para brindar mayor formalidad y mínimos derechos laborales a aquellos trabajadores que se encontraban bajo contratos temporales y con ello, disminuir y erradicar la figura de la locación de servicios.
- En tercer lugar, a los empleados públicos sujetos al régimen del Decreto Legislativo N.º 728, el cual abarca los contratos de trabajo a plazo indeterminado y los contratos de trabajo a plazo fijo o sujetos a modalidad; buscando lograr con ello “mayor flexibilidad y dinamismo en el mercado laboral” (SERVIR, 2021, p. 28)
- En cuarto lugar, encontramos a los que forman parte del cuerpo de gerentes públicos, quienes se encuentran regidos por el Decreto Legislativo N.º 1024, esto con el objetivo de incorporar a la administración pública y contratar dentro de ella a personas altamente calificadas para ocupar estos puestos de trabajo estratégicos, quienes estarán sujetos a evaluaciones para medir con ello su desempeño.
- Y, por último, a los empleados públicos que se regirán por la Ley del Servicio Civil, Ley N.º 30057, la cual fue promulgada en el año 2013 dentro del gobierno del expresidente Ollanta Humala, y se encuentra en proceso de implementación desde ese entonces.

1.2.1 *Visión preliminar del acceso a la función pública*

Para tener una visión preliminar con respecto al acceso a la función pública, en principio debemos tener en claro qué significa el término **función pública** y conocer su contenido conceptual.

Desde un punto de vista jurídico y administrativo, que es el que vamos a desarrollar y basándonos en el origen etimológico de las palabras que conforman este término, la palabra “función”, que proviene del latín “*functio*”, hace alusión al desarrollo o ejecución de

determinadas competencias, y “pública”, que proviene del latín “*publicus*”, se refiere a todo aquello que le es de interés al Estado, y por consiguiente al pueblo.

De la mano con ello, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (1998) definen la función pública como “el conjunto de relaciones jurídicas que unen a los órganos del Estado con las personas que colaboran en forma profesional, estable y retribuida con el cumplimiento de sus fines”.

A su vez la Sentencia 05057-2013-PA-TC declara en su texto que “la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.

Finalmente, el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM también hace referencia a tal definición, postulando que, “la función pública es la actividad desarrollada por las personas en el ejercicio de sus funciones en entidades públicas, en el marco de una relación de empleo público, para el cumplimiento de los fines del Estado”.

Esto es, que quienes ingresen a la función pública, es decir, ingresen a la carrera administrativa a desempeñar competencias relacionadas a su puesto regidos por el Estado, lo harán para contribuir a los fines de este y servir a la colectividad, adecuando su actividad laboral a las normas del derecho administrativo.

Ahora ya teniendo claro este concepto, y centrándonos en el tema principal de este acápite, como ya hemos mencionado el acceso a la función pública en nuestro ordenamiento está regulado en el capítulo IV de la Constitución Política del Perú, que en sus artículos 39º y 40º nos dicen:

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 o en servicios de salud como personal médico y profesionales de la salud con especialidad, conforme a ley (...). (Congreso de la República, 1993)

Además, el acceso a la función pública, entre otras leyes, también se recoge principalmente en el capítulo III de la Ley Marco de la función pública, Ley N.º 28175, en sus artículos 5º, 6º y 7º:

Artículo 5.- 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.

Artículo 6.- Requisitos para la convocatoria Para la convocatoria del proceso de selección se requiere: a) Existencia de un puesto de trabajo presupuestado en el Cuadro de Asignación de Personal - CAP y en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP. b) Identificación del puesto de trabajo. c) Descripción de las competencias y méritos. d) Establecimiento de criterios de puntuación y puntaje mínimo. e) Determinación de remuneración.

Artículo 7.- Requisitos para postular Son requisitos para postular al empleo público: a) Declaración de voluntad del postulante. b) Tener hábiles sus derechos civiles y laborales. c) No poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo. d) Reunir los requisitos y/o atributos propios de la plaza vacante. e) Los demás que se señale para cada concurso. (Congreso, 2004)

De igual manera, el acceso a la función pública también está recogida en diversa jurisprudencia nacional, siendo mencionados a continuación algunos expedientes y sentencias que denotan temas importantes y relevantes para su comprensión:

1. Expediente N.º 00025-2005 -PI/TC: El cual nos menciona los elementos que conforman el contenido constitucional del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad.
2. Expediente N.º 00020-2012-PI/TC: El cual nos habla y reconoce a la meritocracia como un requisito constitucional para el acceso a la función pública.
3. Expediente N.º 05057-2013-PA/TC: El cual resalta que el acceso a la función pública debe realizarse mediante concurso público basado en mérito y capacidad.
4. Expediente N.º 05975-2015-PA/TC: El cual establece criterios relacionados con la reposición en casos de despidos arbitrarios en el sector público.
5. Sentencia N.º 432/2020-TC: Hace énfasis en el contenido del principio/derecho de igualdad, siendo los trabajadores no se van a ver vulnerados ni discriminados en su acceso a la función pública por ser tratados “distinto”, claro es, de manera

razonable, proporcional y objetiva, pues este principio no supone el tratamiento idéntico de los mismos, si no, el trato igualitario entre aquellos que se encuentran en iguales condiciones.

6. Sentencia N.º 1041/2020-TC: Reconoce que el acceso a la función pública debe estar regido de manera estricta por el principio de mérito como principio consustancial.
7. Sentencia N.º 979/2021-TC: La cual reconoce el acceso a la función pública como “derecho fundamental”, que corresponde siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos por el legislador, así como también, a la carrera administrativa como un bien jurídico, cuyo acceso debe estar regulado por los principios de igualdad, mérito y legalidad.
8. Expediente N.º 00926-2022-PA/TC: El cual enfatiza la nulidad de los actos administrativos que vulneren los principios de mérito y capacidad.

Después de observar las diversas normas que regulan el acceso a la función pública en el Perú, compartimos la postura que define el modelo peruano como:

Un sistema mixto, en el que el acceso se realiza a grupos ocupacionales, a partir de los cuales se ocuparán diversos puestos de trabajo a lo largo de la carrera administrativa. Por lo tanto, 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, por lo que se llega a una peligrosa discrecionalidad en el sistema de ingreso, justamente lo que la propia norma pretende sino eliminar por lo menos disminuir, en aplicación al principio de mérito y capacidad” recogido en el numeral 7) del Artículo IV de la LMEP.(Wadsworth, 2004).

Estando a lo dicho, el acceso a la función pública en el Perú es un proceso regulado por normas de rango constitucional, legal, diversa jurisprudencia y doctrina. Cuenta con procedimientos específicos y los principios esenciales que lo rigen son la transparencia, igualdad de oportunidades, el mérito y la capacidad como base para la selección de empleados públicos, buscando de esta manera garantizar un sistema justo, equitativo y estable.

Aunado a ello, resulta indispensable resaltar que en la actualidad la Ley del Servicio Civil (Ley N.º 30057) representa un esfuerzo por optimizar el acceso al empleo público, estableciendo que los procesos de selección deben ser objetivos, transparentes y basados en

competencias'. Sin embargo, la implementación de esta enfrenta diversos desafíos debido a la falta de una infraestructura administrativa adecuada para garantizar procesos eficientes y justos.

1.2.2 Ley del Servicio Civil: Ley N.º 30057

Para empezar con el desarrollo de este acápite, es necesario a manera de introducción, hacer referencia a los antecedentes jurídicos y políticos que trazaron el camino a su creación. Como bien se ha sabido, el Perú viene de una serie de desaciertos al intentar regular y reformar de manera adecuada la función pública, lo cual, dio origen a gran cantidad de legislación que ha ocasionado un desorden y desestructuración en el Derecho Administrativo, tal y como lo ha expresado Miguel Sánchez Morón (2014), nuestro país no ha escapado de la problemática de intentar conseguir un sistema de función pública profesional que pueda aplicarse a la mayoría de empleados públicos, y que por ello se explica la existencia de normas sucesivas sobre este tema, que no hacen más restarle eficacia real al derecho, todo ello pudiéndose fundamentar cronológicamente, lo cual veremos a continuación.

La línea empieza en los 90's, en donde se suscitaron hechos relevantes como el surgimiento del Decreto Legislativo N.º 728, el establecimiento de una nueva modalidad de contratación por servicios no personales, pues con la Ley de Presupuesto del año 1992 se había establecido la prohibición de contratar más personal de manera permanente, la aparición de los conceptos no remunerativos para que los que pertenecían a la carrera administrativa puedan gozar de mayores ingresos y el intento de modernización del Estado, que trajo consigo la existencia de algunas leyes como la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, Ley N.º 26850 y la Ley N.º 26771, referida a la prohibición de contratar en supuestos que pudieran derivar en el delito de nepotismo.

Y continúa en los 2000's con la creación y promulgación para 2004 de la Ley Marco del empleo público, Ley N.º 28175, con la cual se buscaba, tal y como dice su artículo 1: "(...) establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada, basada en el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, el desarrollo de los valores morales y éticos y el fortalecimiento de los principios democráticos, para obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas.", no teniendo el éxito en tanto se mantuvo la incertidumbre sobre el cómo afectaría su aplicación en el presupuesto estatal, así como la carencia de normas reglamentarias.

Siendo en 2008 donde empezará a dar sus primeras luces la Ley del Servicio Civil, creándose para su estructuración la Autoridad Nacional del Servicio Civil y también, como

dato relevante, se implementa el Régimen Especial de Contratación Administrativa (CAS), cuya finalidad fue abordar los temas relacionados a la contratación temporal en la Administración pública.

Para ese entonces, tal como menciona Dr. Vignolo Cueva (2014):

El sistema «funcionario» peruano estaba compuesto por más una decena de regímenes paralelos y hasta encontrados en contenidos conceptuales, muchos de los cuales continuarán coexistiendo con el servicio civil, pero con una clara tendencia a la extinción definitiva (sea porque la aplicación y dinámica del nuevo régimen los termine absorbiendo, o, porque ya actualmente han sido derogados tácitamente) con lo cual se seguía arrastrando el problema principal.

Tras ello, ya en 2013 La Ley del Servicio Civil, Ley N.º 30057, es aprobada y tiene como objetivo principal establecer un régimen exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado.

La norma antes mencionada, se gestó buscando establecer un sistema de gestión por resultados, con evaluaciones de desempeño y mecanismos que permitan reconocer y premiar el buen desempeño de los servidores públicos, así como sancionar el incumplimiento de deberes por parte de estos funcionarios.

Esta ley es producto de un esfuerzo más amplio para reformar la Administración pública en Perú, buscando mejorar la calidad de la prestación de servicios a los ciudadanos.

Continuando con el análisis de la presente ley, es oportuno mencionar que en el artículo II de su título preliminar recoge la finalidad de esta, señalando que:

La finalidad de la presente 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.

En este artículo se enfatiza la necesidad de un servicio civil más eficiente y efectivo, que sea capaz de proporcionar servicios de una óptima calidad a los ciudadanos, a la vez que se desarrollan las personas que forman parte de esa estructura, y así de esta manera se contribuya a la mejora de la Administración pública en el Perú.

Con respecto a su artículo III, mencionaremos los principios de la Ley del Servicio Civil relevantes para la presente investigación:

1. **Interés general:** El régimen del Servicio Civil se fundamenta en la necesidad de recursos humanos para una adecuada prestación de servicios públicos.

2. Eficacia y eficiencia: El Servicio Civil y su régimen buscan el logro de los objetivos del Estado y la realización de prestaciones de servicios públicos requeridos por el Estado y la optimización de los recursos destinados a este fin.

3. Igualdad de oportunidades: Las reglas del Servicio Civil son generales, impersonales, objetivas, públicas y previamente determinadas, sin discriminación alguna por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

4. Mérito: El régimen del 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.

5. Provisión presupuestaria: Todo acto relativo al sistema del Servicio Civil está supeditado a la disponibilidad presupuestal, el cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como a estar previamente autorizado y presupuestado.

6. Protección contra el término arbitrario del Servicio Civil: La presente Ley otorga al servidor civil adecuada protección contra el término arbitrario del Servicio Civil.

A partir de los principios mencionados en la precitada ley podría verse la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” como una herramienta para garantizar la continuidad en la prestación de servicios públicos esenciales, pues al evitar vacíos en las labores que requieren personal capacitado, permitiría que el Estado mantenga la operatividad de sus servicios mientras se regularizan procesos administrativos o presupuestales. Además, esta brindaría previsibilidad y estabilidad financiera al Estado, al evitar gastos inesperados por demandas laborales o contrataciones temporales continuas. Y finalmente, garantiza que estos trabajadores no sean despedidos arbitrariamente, respetando el principio de estabilidad laboral y asegurando que el Estado actúe con justicia y transparencia en sus decisiones laborales.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente descrito, es entonces que surge la duda acerca de el por qué esta ley, teniendo una finalidad muy clara y ambiciosa, no se ha hecho completamente efectiva, pudiendo dar crédito a las diversas problemáticas que han provocado la paralización en su proceso de implementación, tanto legales como políticas, no dejando de lado, que en ella podrían suscitarse errores en el contenido.

Esto es, en primer lugar, debido a las múltiples impugnaciones constitucionales en torno a su contenido, que, si bien no fueron declaradas fundadas en la mayor parte, en la

estructura se detectaron ciertas contravenciones a la Constitución, como, por ejemplo, el concebir el concepto de prevaricación como una infracción disciplinaria, cambiando su contenido dentro de la ley, siendo el Tribunal Constitucional el responsable de no haber resuelto dichas demandas hasta 3 años después.

En segundo lugar, debido a la aprobación de la Ley N.º 31131, la cual, buscaba: “incorporar al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores que desarrollan labores permanentes en las diversas entidades del Estado, contratados bajo el Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”

Sin embargo, esta ley terminaría por ser declarada inconstitucional en parte, en torno a sus artículos 1º; 2º; 3º; 5º y sus disposiciones finales, siendo los principales problemas el haber sacrificado el principio de mérito que el Tribunal Constitucional tanto defiende, el infringir normativa constitucional en torno a las “Restricciones en el Gasto Público” (Congreso de la República, 1993), “Proyectos de Ley de Presupuesto, Endeudamiento y Equilibrio Financiero” (Congreso de la República, 1993) y las “Atribuciones del Presidente de la República” (Congreso de la República, 1993), generando con todo este proceso gran incertidumbre y dudas respecto a si en efecto lo que se busca es implementar esta ley de servicio civil, ralentizando el desarrollo efectivo de esta ley en la práctica.

En tercer lugar, debido a que:

Nuestra realidad diaria demuestra un desapego completo de muchos actores principales (principalmente los provenientes de las elecciones democráticas), por los valores de institucionalidad y estabilidad en el tiempo generados por un modelo de empleo público que no se encuentre sometido a las manos de eventuales decisores o de terceros ajenos con afanes corporativistas-, sino más bien a los principios y reglas del derecho. Es claro, que no tenemos tradición funcionarial, y, por ende, en la actualidad con la implantación del servicio civil tendremos que bregar contracorriente (Vignolo Cueva. 2014),

Siendo que, es un obstáculo a la implementación de tal ley, la falta de cultura de los líderes de la Administración pública para hacer valer el principio de mérito en el acceso a la función pública, por lo que, el tratar que esto se cumpla, resulta en una tarea difícil de sobrellevar.

En cuarto lugar, ha existido con el pasar de los años, dificultad por parte de las entidades para migrar a esta Ley, ya sea por razones de capacidad por parte de las mismas o porque simplemente los trabajadores se oponen al cambio, teniendo como facilidades la existencia a la

par de los demás regímenes antiguos, pudiendo notarse esto, con que a la fecha, ya habiendo pasado 12 años desde su aprobación, y siendo 6 años los establecidos para que las entidades puedan adecuarse a este nuevo régimen, son pocos los que han logrado terminar con la transición, teniendo en cuenta que para 2023, solo eran 15 entidades las que lo consiguieron y contaban con su Cuadro de Puestos de Entidad.

Y en quinto lugar, podemos aludir esta paralización a la inestabilidad e incertidumbre política que padece nuestro país desde hace ya varios años que no permite el desarrollo adecuado de las políticas públicas, empezando por el expresidente Pedro Castillo quien se comprometió a desarticular la Ley Servir y a las autoridades encargadas de la misma, para que esta pase a manos del Ministerio de Trabajo, siendo tal idea apoyada por el ex viceministro de trabajo y varios sindicatos pertenecientes al ámbito de la educación, salud, etc., dando la espalda totalmente a la implementación de este régimen, contribuyendo así a su inaplicación.

1.2.3 Ley Marco del Empleo Público: Ley N.º 28175

En este apartado es propicio e indispensable analizar brevemente la finalidad de la Ley Marco de la función pública, Ley N.º 28175, así como, analizar los principios que lo rigen, y su relación con la Ley del Servicio Civil, Ley N.º 30057, todo ello para poder entender su situación actual en el Perú.

Con respecto de la finalidad de la Ley Marco de la función pública, en su artículo I del título preliminar menciona lo siguiente:

La presente Ley tiene como finalidad establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada, basada en el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, el desarrollo de los valores morales y éticos y el fortalecimiento de los principios democráticos, para obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas. (Congreso de la República, 2004)

Dentro de este, es entonces que podemos evidenciar claramente que su finalidad es proporcionar las pautas de cómo debe funcionar y/o constituirse el gobierno peruano, junto a todas sus entidades públicas. Sin embargo, esta no puede alcanzarse sin una base teórica sólida que permita conectar adecuadamente la estructura administrativa con los distintos regímenes de empleo público. Rincón Córdova consideraba que:

La riqueza del estudio jurídico-administrativo de la organización se encuentra en la diversidad de finalidades o propósitos últimos, las cuales permiten enlazar las estructuras con otros regímenes de funcionamiento administrativo, la propia función

pública, las disímiles actividades prestacionales y los ejercicios de potestades mismas (como se citó en Vignolo Cueva, 2019).

Por otro lado, también se mencionan las características que se buscan promover en la Administración pública, tales como: modernidad (la administración pública debe ser actualizada constantemente), jerárquica (implica una forma de organización clara), profesionalismo (personal al servicio público capacitado), unitarismo (la Administración pública debe ser un ente unificado y coherente), descentralización y desconcentración (adaptarse a los diferentes tipos de necesidades de los ciudadanos).

Se recalca tener como base el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales, la dignidad de la persona humana y la promoción de valores ético-morales, además de sugerir la importancia de la integridad y la ética en el personal que busque acceder a un puesto de trabajo dentro de la función pública.

El fin último que trae consigo la ley es lograr una Administración pública más eficiente y mejorar la atención a las personas, lo que implica que se busca un gobierno que trabaje de manera más eficaz y brinde servicios de calidad a los ciudadanos.

Por otro lado, en el artículo II del título preliminar de la misma ley, se recogen los principios que rigen en la función pública, los cuales, resultan esenciales para una gestión eficiente y ética de la función pública en un Estado de Derecho como es el nuestro, pues establecen un sustento firme para garantizar la legalidad, la igualdad de oportunidades y la transparencia en nuestro sistema de gobierno; siendo estos son los siguientes:

1. Principio de legalidad: Se trata de un principio fundamental que rige al Estado y a aquellos que actúan en su representación ocupando un puesto dentro de la carrera administrativa, por medio del cual, tendrán que regir su accionar y el ejercicio de sus potestades a las leyes vigentes, salvaguardando con ello los derechos de sus subordinados.
2. Principio de modernidad: Se trata de un principio que protege a la Administración pública, y con ello, a la función pública, frente los cambios y avances que surgen con el pasar de los años, promoviéndola a mantenerse moderna, encaminada a la persecución de sus objetivos y mejora de su gestión.
3. Principio de imparcialidad: Se trata de un principio encaminado a salvaguardar el derecho a la no discriminación, que es inherente a toda persona, y para el caso en concreto y más específico, a quienes se encuentran subordinados a funcionarios públicos y a aquellos que desenvuelven labores y potestades

públicas, evitando que estos sean tratados con diferenciación y promoviendo la protección a las minorías, quienes también necesitan ser atendidos.

4. Principio de transparencia y rendición de cuentas: Se trata de un principio que engloba dos conceptos esenciales para mantener un Estado regido por la democracia, manteniendo con ellos toda información referida a los procedimientos o acciones ejecutadas por los funcionarios públicos a la vista y accesibilidad de aquellos que tengan interés.
5. Principio de eficiencia: Este principio tiene como base principal el salvaguardar los recursos del Estado, que, por ende, pertenecen a todos los ciudadanos, de quienes tienen potestad para emplearlos (funcionarios públicos), siendo que, deberán hacerlo de la manera más adecuada posible en torno a las necesidades que ameriten su uso, cuidándolos y gastándolos solo cuando la situación lo amerite en torno a las funciones que deben cumplir dentro de su puesto en la carrera administrativa.
6. Principio de probidad y ética pública: Con este principio se da a relucir el deber de quienes han accedido a la función pública de actuar de manera íntegra y transparente, siguiendo los preceptos éticos, legales y constitucionales que el ejercicio de sus labores amerite.
7. Principio de mérito y capacidad: Lo que nos da a conocer este principio, son las exigencias que debe cumplir toda persona que quiera ingresar, permanecer o ascender dentro de la carrera administrativa, pues todos estos supuestos podrán ser conseguidos siempre y cuando corresponda, en base a la valoración de sus méritos realizados u obtenidos y a la capacidad con la que cuente para desenvolverse de manera adecuada en el puesto de trabajo.
8. Principios de Derecho Laboral: Esto quiere decir que las relaciones laborales originadas en el marco del empleo público, ya sea, individuales o colectivas, se regirán por los principios del derecho laboral, pues son estos los que permitirán proteger los derechos de todos aquellos que accedan a la función pública, contribuyendo a que el desarrollo de su vida laboral se desenvuelva de una manera justa y sin afectaciones.
9. Principio de preservación de la continuidad de políticas del Estado: Esto es, que las políticas del estado no deberán verse afectadas de ninguna manera por cambios al margen del empleo público, pues dándose, lo principal es buscar salvaguardarlas y mantenerlas.

10. Principio de provisión presupuestaria: Por último, con este principio, se hace referencia a que toda acción que tenga relación con el empleo público va a tener que estar necesariamente autorizada por quien corresponda y debidamente presupuestada, es decir, tener una asignación específica de recursos para llevarse a cabo.

Estos van a promover la eficacia en los puestos que conforman la función pública y en la prestación de servicios públicos, pues se protegen los derechos de los ciudadanos que trabajan en el sector público y se salvaguarda que el Estado actúe en beneficio de la ciudadanía, teniendo como finalidad que los funcionarios públicos sean seleccionados en función de su propio mérito, evitando así cualquier clase de preferencia o discriminación, buscando de esta manera la transparencia y el desarrollo de la nación.

Finalmente, si prestamos atención al contenido de la Ley Marco, podemos visualizar que es notoria su relación con la Ley del Servicio Civil mencionada líneas arriba, siendo que ambas surgen a raíz de la necesidad del Estado de regular de manera adecuada las disposiciones relacionadas a los regímenes de contratación de la función pública y establecer los principios base bajo los cuales será regida, en cumplimiento del principio de modernidad, establecido como un principio rector de función pública. Entre ellas se establece una suerte de norma base o antecesora y norma de desarrollo, pues es la Ley Marco quien da uno de los primeros pasos a esta reforma, brindando los lineamientos generales y estableciendo los principios esenciales que rigen la función pública, pero es la Ley del Servicio Civil, la cual surge con posterioridad, buscando cubrir los vacíos de las disposiciones pasadas, teniendo como finalidad el unificar, y de alguna manera, actualizar los regímenes de contratación existentes en el Perú, y modificando en parte los principios ya existentes, buscando con ello impulsar su aplicación efectiva en la carrera administrativa.

1.3 Modelos organizativos de la función pública

Cuando hablamos de función pública, no nos referimos a una única forma de organización, sino a una diversidad de modelos que cada país ha ido desarrollando según su historia, estructura institucional y visión del servicio público. En la doctrina comparada, los modelos organizativos se han clasificado en tres grandes tipos, aunque existen múltiples variantes dentro de cada uno.

El primer modelo es el de tipo estatutario o de carrera. Este se basa en una regulación especial, el llamado estatuto administrativo, y se caracteriza por garantizar el acceso mediante concurso público, estabilidad laboral y una carrera profesional dentro del aparato estatal. Es el modelo tradicional en países como Francia, España o Italia (Nevado-Batalla, 2021).

En contraste, encontramos el modelo contractual o de derecho privado, el cual configura la relación entre el Estado y sus trabajadores bajo las mismas normas que rigen para el empleo privado. Aquí no existe una carrera propiamente dicha, y la estabilidad laboral es limitada. Este sistema es común en países como el Reino Unido o los Estados Unidos (Rastrollo Suárez, 2020).

El tercer modelo es el híbrido o también llamado mixto, en el cual coexisten trabajadores de carrera y los contratados. Esta estructura, aunque compleja, es frecuente en América Latina, en especial en países como Chile o Colombia, donde la función pública ha adoptado soluciones intermedias entre la lógica estatutaria y la contractual (Vignolo Cueva, 2014).

1.3.1 Régimen laboral público en el contexto peruano

En el Perú, la función pública no se organiza bajo un único régimen homogéneo, sino que refleja una realidad compleja y diversa. Nuestro sistema puede ser definido como híbrido, en la medida en que coexisten distintas formas de vinculación laboral, cada una con sus características propias, niveles de protección diferenciados y lógicas de incorporación distintas. Nos resulta oportuno precisar, que esta diversidad, lejos de fortalecer el aparato estatal, ha generado “un mosaico normativo caótico, difícil de administrar y contrario a cualquier noción de coherencia institucional” (Vignolo Cueva 2014, p. 45), lo que evidencia la urgencia de una reforma integral del empleo público.

En el Perú, por un lado, tenemos el régimen de la carrera administrativa regulado por el Decreto Legislativo N.º 276, que responde a un modelo clásico de función pública de carácter estatutario. Este régimen promueve la estabilidad laboral, el acceso por méritos y el desarrollo profesional continuo.

En paralelo, encontramos el régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057. Esta modalidad fue concebida como una solución temporal para permitir al Estado contratar personal sin ingresar a la carrera administrativa, aunque en la práctica ha sido utilizada de manera permanente, generando situaciones de precariedad laboral (Baca et al., 2015).

Asimismo, de manera errónea, muchas entidades públicas siguen utilizando el régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 728, propio del sector privado, especialmente para cubrir necesidades temporales o proyectos específicos. Este régimen no otorga estabilidad ni responde a los principios tradicionales de la función pública, trayendo consigo resultados que generan tensiones normativas.

Finalmente, la Ley N.º 30057 (Ley del Servicio Civil) representa el intento más ambicioso de reformar y unificar la función pública en el Perú. Su implementación progresiva

apunta a superar la fragmentación existente, apostando por una administración meritocrática, moderna y orientada a resultados (Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2022).

Comprender los distintos modelos organizativos de la función pública no debe asumirse únicamente como un ejercicio doctrinario, sino como una herramienta clave para analizar con mayor profundidad los desafíos estructurales que enfrenta el sistema peruano. Esta comprensión permite reconocer que la coexistencia de múltiples regímenes laborales (algunos de carácter estable y otros transitorios) ha generado no solo una fragmentación normativa, sino también espacios grises que han sido aprovechados para justificar contrataciones irregulares o prácticas administrativas alejadas de los principios que rigen la Administración pública.

En este escenario, resulta comprensible que surjan figuras como la que estamos analizando en la presente investigación la ficción jurídica del trabajador indefinido no fijo, en principio, intenta dar respuesta, desde el ámbito judicial, a situaciones de precariedad laboral prolongada dentro del Estado. Esta figura no nace como una solución ideal ni definitiva, sino como una respuesta excepcional ante la ausencia de una regulación clara y la reiterada vulneración del derecho a la estabilidad laboral.

En conclusión, podemos decir que su aparición evidencia las fisuras del sistema y la necesidad de una reforma que garantice tanto la legalidad del acceso a la función pública como la protección de los derechos de quienes ya prestan servicios públicos de manera continua.

1.4 Elementos conceptuales que convergen en la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”

La ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, traída desde la jurisprudencia europea e incorporada en ciertos pronunciamientos judiciales peruanos, ha sido objeto de controversia. Esta ficción surge como una respuesta frente a la contratación irregular que se da en la Administración pública, permitiendo que quienes hayan prestado servicios de forma continuada y desnaturalizada accedan a una forma de estabilidad relativa. Sin embargo, su implementación no está exenta de críticas, especialmente por la tensión que genera con los imperativos que regulan el acceso a la función pública.

En particular, su aplicación ha evidenciado una abierta vulneración del principio de mérito y capacidad, al permitir que personas permanezcan en cargos públicos sin haber superado un proceso de concurso público, lo cual desdibuja el modelo meritocrático que debería regir en el empleo público. Por ello, a continuación, se desarrollan los elementos conceptuales que se ven involucrados, y en algunos casos comprometidos, por esta ficción jurídica.

1.4.1 Igualdad de trato y no discriminación

El principio de igualdad de trato y no discriminación está ligado intrínsecamente al derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú. Se puede definir como:

La regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente se constituye a partir del derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Este principio asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo (Montoya, 2019).

En el contexto de la función pública, garantiza condiciones de igualdad para todos los trabajadores, sin importar la modalidad contractual. No obstante, el reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo” a personas que no han accedido por concurso genera también cuestionamientos desde esta misma perspectiva.

Desde el punto de vista laboral, puede verse como una forma de protección frente a abusos de la temporalidad. Pero desde una visión administrativa, podría interpretarse como una forma de desigualdad frente a quienes sí ingresaron cumpliendo con las reglas de mérito.

Este principio, por tanto, se encuentra en el centro de la controversia: entre proteger al trabajador frente a relaciones precarias, y evitar favorecer condiciones de acceso desiguales. En esa medida, la aplicación sin control de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” podría terminar reproduciendo desigualdades en el acceso y promoción dentro de la función pública, desnaturalizando el principio de igualdad ante la ley.

1.4.2 Mérito y capacidad

Este principio se refiere a que la selección y promoción de los empleados debe basarse en la meritocracia, en función de las habilidades, formación y desempeño que muestren. Está recogido de forma expresa en el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, que establece que el ingreso a la función pública se realiza mediante concurso público, conforme a ley. El TC ha precisado que:

El derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación con el acceso a la función pública de las personas (...) (Tribunal Constitucional, 2020).

En el caso de la presente ficción jurídica, la continuidad laboral no está condicionada a un plazo determinado. Empero, la estabilidad del empleado público tampoco es absoluta, debido a que su relación laboral puede finalizar si no aprueba el respectivo concurso que da acceso a la plaza en la que se encuentra desempeñando funciones.

Por lo tanto, la permanencia del trabajador en el puesto donde se desempeña no depende únicamente de la duración en la práctica de esta ficción jurídica, sino que además requiere de la aprobación del concurso público que se abra para su plaza. Así, la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” mantendría una estabilidad que no es absoluta, a la vez que promueve la importancia del mérito y la capacidad como factores fundamentales para mantener la relación laboral entre el empleado que se desempeña en el servicio público y la Administración pública.

Sin embargo, es necesario advertir que esta ficción representa una clara tensión con el principio de mérito y capacidad. Aunque pueda considerarse una forma de resguardo ante la contratación fraudulenta o abusiva, el hecho de que la persona no haya accedido por concurso pone en cuestión la validez del mérito como condición de acceso. De allí que muchos autores y decisiones judiciales adviertan que su reconocimiento no puede implicar una equiparación plena con el funcionario de carrera, y debe estar condicionado siempre a la realización posterior del concurso de mérito correspondiente.

1.4.3 La provisión presupuestaria

En primer lugar, debemos definir brevemente lo que es el presupuesto público, siendo que Cobián (2016) lo define como “una herramienta de relevancia constitucional que sirve al cumplimiento de las finalidades estatales, estableciendo los ingresos y gastos públicos, así como una concreta distribución y asignación presupuestal, según las prioridades, objetivos y metas del Estado”.

Ahora bien, consecuentemente con esta definición, la Ley Marco de la función pública, Ley N.º 28175 en el inciso 10 de su artículo IV, define brevemente el principio de provisión presupuestaria como “todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado” (Congreso de la República, 2004).

La relación entre la provisión presupuestaria y la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, radica en la necesidad de que toda relación laboral, sea ésta de naturaleza permanente o temporal, esté garantizada por la posibilidad de disponer de fondos, es decir que la Administración pública cuente con fondos presupuestados para cubrir los costos y gastos derivados de mantener dicha relación laboral.

La aplicación de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, al regularizar relaciones laborales previamente informales o irregulares, impacta directamente en el equilibrio presupuestario. Permitir el acceso a una figura de permanencia relativa, sin contar previamente con previsión presupuestaria, puede derivar en distorsiones en la ejecución del gasto público

1.4.4 Primacía de la realidad

Significa que, en el ámbito laboral, a pesar de lo que se establezca en un contrato, lo determinante y significativo es lo que sucede en la situación real, así, la doctrina señala que, este principio “determina que en caso de existir discrepancia o divergencia entre los hechos y lo declarado en los documentos o en las formalidades, se preferirá siempre lo que haya ocurrido en la realidad”. (Montoya, 2019).

Esto pretende evitar prácticas abusivas en la forma de contratar, que puedan ocultar una verdadera relación laboral, y que de esta manera se prime lo que acontece en la realidad, incluso si difiere completamente con lo establecido en el contrato (carácter formal).

Aunado a ello, la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, a pesar del cuestionamiento que podría existir sobre el carácter indefinido del vínculo laboral se destaca que lo determinante es la situación real de la relación laboral entre la Administración pública y el empleado.

Esto implica que la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” se apoya en el principio de primacía de la realidad, en tanto reconoce que más allá de lo que se haya formalizado en un contrato (muchas veces bajo apariencia de temporalidad), lo que debe prevalecer es la verdadera naturaleza de la relación laboral. Es decir, se asigna al trabajador la condición de “indefinido no fijo” porque, en la práctica, viene desempeñando funciones de carácter permanente dentro del Estado, a pesar de haber sido contratado bajo regímenes temporales o precarios.

Sin embargo, esta supuesta protección jurídica no deja de ser ambigua, pues si bien busca reconocer una situación de hecho que ha sido desnaturalizada, lo hace sin resolver el problema de fondo: la ausencia de un marco normativo claro y legítimo que respalde la permanencia y pertinencia de la ficción. En muchos casos, se intenta compensar una mala práctica administrativa con esta ficción que no ha sido regulada por ley, lo que, a final de cuentas, resulta generando más inseguridad que justicia.

Así pues, aunque puede interpretarse como un intento de proteger derechos vulnerados, en el fondo su uso sin respaldo normativo plantea inseguridad jurídica y puede institucionalizar la informalidad dentro del aparato estatal.

1.4.5 *La estabilidad laboral*

La estabilidad en el ámbito laboral está reconocida en el artículo 27 de la Constitución y en normas internacionales de la OIT, es un tema que ha generado gran controversia en nuestro país. Se enfrentan dos posturas claramente diferenciadas: por un lado, la del trabajador, que legítimamente aspira a contar con un empleo continuo y protegido y por otro, la de la Administración pública, que busca proteger su institucionalidad frente a posibles irregularidades o desnaturalizaciones contractuales.

En esa misma línea, entendemos por estabilidad laboral la continuidad en el empleo, lo que implica que el vínculo contractual entre trabajador y empleador se mantenga vigente en el tiempo, sin que pueda ser terminado de forma abrupta o arbitraria. Este principio constituye uno de los pilares del derecho laboral, al garantizar previsibilidad y protección frente a ceses injustificados.

La relación entre este principio y la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” se presenta en términos complejos. Si bien esta ficción jurídica ofrece una cierta forma de continuidad al trabajador público, aun cuando este no haya ingresado por concurso ni su plaza esté presupuestada formalmente, esa estabilidad es aparente. Su condición de “no fijo” implica una permanencia frágil, sometida a condiciones externas como la eventual convocatoria de concurso para su plaza o decisiones administrativas posteriores.

Por tanto, aunque pueda parecer que esta ficción reconoce una estabilidad relativa, en realidad genera incertidumbre. La permanencia del trabajador no está protegida plenamente, y el acceso real a la estabilidad sigue dependiendo de procesos que nunca se llegan a convocar. Esta situación revela una tensión de fondo: se responde a una irregularidad con una ficción “irregular”, sin resolver de raíz el problema de la función pública, ni asegurar los derechos que deberían estar plenamente garantizados, por eso podemos concluir, que esta “solución” en lugar de fortalecer el principio de estabilidad, puede terminar consolidando esquemas precarios de permanencia laboral en el Estado.

Capítulo 2

El Nuevo Enfoque Jurisprudencial Del Tribunal Constitucional

2.1 Antecedentes a la Sentencia N.º 02748-2021 PA/TC

2.1.1 *La problemática en torno a los contratos de locación de servicios entre la Administración pública y los particulares*

En nuestro ordenamiento jurídico, la locación de servicios aparece regulada en el artículo 1764º del Código Civil, que dispone, “Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.”. En ese sentido, especial relevancia toma en esta modalidad contractual del Derecho Civil la ausencia de subordinación como elemento diferenciador de una relación laboral.

Ahora bien, respecto de la locación de servicios dentro del sector público, la Autoridad Nacional del Servicio Civil- SERVIR- mediante el Informe Técnico Nro. 000115-2023-Servir-GPGSC del 24 de enero de 2023, ratificó lo señalado en el Informe Técnico Nro. 1260-2018-SERVIR/GPGSC, este último cuyo fundamento 2.4. señala:

Las personas que brindan servicios a la Administración pública bajo las reglas del artículo 1764 del Código Civil, prestan sus servicios a ésta de manera independiente, por un determinado tiempo, a cambio de una retribución, sin que ello implique una vinculación y reconocimiento de derechos de naturaleza laboral o estatutaria con el mismo. En tal sentido, no corresponde asignarles responsabilidades propias de los cargos en los que las funciones dada su naturaleza requieren necesariamente ser ejecutadas de manera subordinada con el Estado.

De lo antes mencionado puede concluirse que si bien la Administración pública puede contratar a personas bajo la modalidad de la locación de servicios, dicha contratación de carácter civil se encuentra condicionada a la ausencia de subordinación entre los locadores y el Estado, y, a que dicha relación sea de carácter temporal; sin embargo, como se ha señalado anteriormente, ello no ha sido respetado por las entidades públicas quienes aprovechándose de su posición han utilizado esta para encubrir verdaderos contratos de trabajo, toda vez que las labores para las que son contratados son de naturaleza permanente y se desarrollan bajo subordinación.

Dicha actuación por parte de las entidades del Estado trae consigo la desnaturalización de los contratos de locación de servicios, la misma que, “supone que un contrato celebrado temporal y válidamente (en cumplimiento de las normas aplicables) se torna de naturaleza indeterminada por la ocurrencia de algunos de los supuestos establecidos en la ley” (Vilchez,

2008); estableciéndose bajo el principio de primacía de la realidad la existencia de una relación laboral válida por la concurrencia de los 3 elementos básicos de esta: prestación personal, remuneración y subordinación, así como, un vínculo contractual indefinido.

La desnaturalización del contrato de locación de servicios es el primer paso para establecer la existencia de derechos laborales hacia aquellos trabajadores que se encuentren siendo irregularmente contratados, sin embargo, en el marco de la presente investigación hemos de mencionar que el *quid* del asunto se encuentra en el choque entre el principio de estabilidad en el empleo y el principio de mérito y capacidad, siendo que, mientras por el primero todo cese injustificado resulta en nulo, con el segundo tenemos que aceptar que lo anterior implicaría reconocer la continuidad en la función pública de un trabajador que no ha acreditado tener las capacidades suficientes para asumirlo, así como privar a alguien que sí las tenga de dicha plaza.

En esa línea, el problema surge respecto de la contratación de personal público, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N.º 28175, Ley Marco de la función pública, “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.”; siendo así, la citada norma evoca el principio de mérito y capacidad, y, el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, como principios del Derecho Administrativo garantes de los ingresantes a la función pública sean personas capaces de desempeñarla, así como, que su ingreso haya sido guiado en criterios objetivos sin haberse visto beneficiados por algún tipo de ayuda o privilegio (Aparicio, 2015), garantizando la objetividad de “toda la vida funcional, desde el acceso hasta las relaciones del ente con el exfuncionario.” (Silva, 2017).

Así, en los casos en que mediante contratos de locación de servicios se encubra una relación laboral válida, se produce la colisión de determinados principios rectores del Derecho Administrativo y del Derecho Laboral respecto de si corresponde ordenar judicialmente la reposición laboral en su antiguo puesto, de aquel empleado público que fue despedido sin causa justificada, o, si, únicamente le corresponde a este una reparación indemnizatoria.

2.1.2 Pronunciamientos anteriores de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la problemática planteada

En el ordenamiento jurídico peruano, en mérito al artículo 1 de la Ley N.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. (...)”.

El TC peruano se proclama como órgano de control concentrado de la constitucionalidad de normas infra constitucionales de primer grado (Blume, 1996), derivando de ello su condición de supremo intérprete de nuestra Constitución. Es en esta labor que el supremo tribunal se erige como el encargado para resolver el conflicto referido a la pertinencia de la reposición de los extrabajadores cuyos contratos de locación de servicios se han desnaturalizado.

En ese sentido, a fin de establecer la variabilidad que ha sufrido el criterio tomado por el supremo intérprete es que en este acápite, y en los sucesivos dentro del presente capítulo, analizaremos algunos de sus pronunciamientos, empezando por aquellos anteriores a la emisión del precedente vinculante “Huatuco Huatuco”, establecido mediante la sentencia del Expediente N.º 05057-2013-PA/TC del 16 de abril del 2015, así como, por este mismo, para finalmente terminar en lo establecido en la sentencia 02748-2021-PA/TC, que introduce la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento jurídico peruano.

Así, desde la sentencia recaída en el expediente N.º 00976-2001-AA/TC de fecha 13 de marzo de 2003, seguido en mérito a la acción de amparo interpuesta por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, el supremo tribunal estableció que en los casos en que el acto de despido vulnera los derechos fundamentales del trabajador podrá ordenarse la reposición de este a su centro de trabajo, siendo ello manifestación del “efecto restitutorio propio de las acciones de garantía” (Tribunal Constitucional, fs. 18).

En esa línea, el citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional deja abierta la posibilidad al trabajador de optar por una doble opción, la primera reparadora dirigida a su reincorporación en el empleo, mientras que, la segunda conlleva una opción indemnizatoria dirigida a obtener un resarcimiento por el daño causado; siendo que, aun tratándose de una relación laboral de derecho privado, ambas opciones deben estar disponibles para la totalidad de los trabajadores de forma que sus derechos se encuentren garantizados.

Aunado a esto, el pronunciamiento citado estableció, además, que la parte demandante solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral y reiterando este respetado tribunal en que la reposición ordenada responde a la finalidad restitutoria que persigue todo proceso constitucional.

Finalmente, es de atención la sentencia recaída en el Expediente N.º 03412-2012-PA/TC, en la cual el TC establece que habiéndose determinado la desnaturalización del “contrato para servicio específico” celebrado entre las partes, así como, que no se ha seguido el debido procedimiento para el despido del trabajador debe ordenarse la “reposición del demandante trabajador como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía

desempeñando”; además, este pronunciamiento adquiere especial relevancia en cuanto el supremo intérprete señala en su fundamento 5.3 que dado que:

Existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, estimamos pertinente señalar que cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa (Tribunal Constitucional, f.j. 5).

Por ello, puede concluirse que en un primer momento el TC dio prevalencia al derecho a la estabilidad laboral, estableciendo como criterio que los trabajadores no debían soportar las consecuencias de actos irregulares por parte de la Administración pública. En consecuencia, consideró que, habiéndose vulnerado su derecho fundamental al trabajo, correspondía ordenar su reposición en el mismo cargo o en uno de similar jerarquía. Sin embargo, este razonamiento parte de una interpretación basada principalmente en criterios del derecho laboral privado, lo cual resulta inadecuado tratándose de relaciones de empleo público, que deben regirse por el Derecho Administrativo, en tanto este constituye el derecho común y normal de la Administración pública.

Desde esta perspectiva, la reposición sin concurso no solo supone una afectación al principio de legalidad y al modelo de función pública basado en el mérito, sino que además desconoce el carácter estatutario y público de la relación jurídica que vincula a los servidores con el Estado. De ese modo, el TC incurre en una omisión grave al no considerar los principios administrativos de mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y no discriminación, sacrificando estos en la práctica. Ello conlleva a que plazas públicas que debieran reservarse para quienes accedieron por concurso público fueran ocupadas por personas cuyos contratos fueron judicialmente desnaturalizados, sin haber pasado por los filtros constitucionales del acceso al servicio público.

Con respecto al precedente Huatuco Huatuco, la doctrina nacional ha sido crítica respecto a sus alcances restrictivos. Autores como el Dr. Orlando Vignolo Cueva han señalado que dicho precedente, si bien en un inicio busca proteger el principio de mérito y capacidad, también ha generado situaciones de desprotección laboral frente a despidos arbitrarios. Según el autor, “el Tribunal Constitucional optó por una solución rígida que no siempre garantiza una tutela efectiva para quienes, pese a la desnaturalización de sus contratos, cumplían funciones permanentes en el Estado” (Vignolo Cueva, 2014).

En esa línea, diversas sentencias han empezado a relativizar los efectos absolutos del precedente Huatuco. Por ejemplo, la Casación N.º 21082-2017-Cajamarca ha abordado la aplicación del precedente Huatuco, al analizar casos donde se discute la reposición de trabajadores en el sector público. En esta sentencia, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Nacional del Agua (ANA), confirmando la reposición de una trabajadora que había prestado servicios bajo contratos administrativos. Esta decisión ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina, ya que plantea la necesidad de evaluar cada caso concreto, especialmente cuando se alega la desnaturalización de contratos y la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, permitir excepciones sin una regulación normativa clara puede generar inseguridad jurídica y afectar los principios de mérito y legalidad en el acceso al empleo público.

También encontramos la Casación N.º 8347-2014-Del Santa estableció hasta siete supuestos en los cuales no resulta aplicable el precedente Huatuco, como en casos de discriminación, embarazo, afiliación sindical, entre otros, reconociendo que la protección de derechos fundamentales no puede ceder frente a una aplicación mecánica del mérito formal

Por otro lado, encontramos la Casación Laboral N.º 12475-2014 - Moquegua en la cual la Corte Suprema estableció que el precedente Huatuco no se aplica en ciertos casos, como cuando se trata de trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo 276, obreros municipales, trabajadores CAS, entre otros; indicando que no corresponde exigir concurso público a quienes por naturaleza de su régimen o función no están comprendidos en el modelo meritocrático ordinario.

De igual forma, la Casación N.º 18032-2015-Callao afirmó que el precedente Huatuco no debe aplicarse cuando el trabajador mantiene un vínculo laboral vigente y se alega desnaturalización de contratos, pues ello implicaría negar el reconocimiento de la relación jurídica existente de facto y de derecho.

Finalmente, la Casación N.º 1308-2016-Del Santa matizó los efectos del precedente Huatuco, precisando que la reposición ordenada en sede constitucional no implica incorporación automática a la carrera administrativa ni vulnera el principio de legalidad, en tanto se trata de una medida excepcional con finalidad restitutiva.

Desde un punto de vista jurídico, estas casaciones, si bien parecen contradecir el precedente Huatuco, encuentran su fundamento en la necesidad de tutelar derechos constitucionales, principalmente el derecho al trabajo y al debido proceso. Jurídicamente, no pueden ser considerados inválidos per se, pues la función jurisdiccional no es puramente mecánica, sino que exige ponderar los principios en juego. No obstante, su validez debe ser

matizada: si bien son válidas en tanto buscan corregir situaciones de abuso o fraude, también es cierto que sin una base normativa clara y uniforme corren el riesgo de minar el principio de seguridad jurídica, generando incertidumbre respecto de cuándo se aplica el precedente y cuándo no.

Finalmente, si bien dichas casaciones podrían considerarse válidas bajo el argumento de la tutela de derechos fundamentales, su uso generalizado sin criterios normativos expuestos contradice el principio de legalidad y el modelo meritocrático de acceso a la función pública. Por ello, su aplicación debería estar estrictamente regulada, a fin de evitar que el sistema de precedentes obligatorios se vea desvirtuado o aplicado de manera arbitraria.

2.1.3 Una primera solución: El precedente vinculante Huatuco Huatuco

Para Hakansson (2009), el precedente vinculante constitucional es “la regla jurídica establecida expresamente por el Tribunal [Constitucional] que tiene la capacidad de convertirse en un parámetro normativo para los órganos judiciales y que por eso tiene efectos normativos generales”, así, este se encuentra regulado en el artículo VI de la Ley N.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, mismo que señala “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. (...)”.

En ese sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que sus precedentes vinculantes representan normas constitucionales adscritas, los cuales se adscriben al artículo constitucional que interpretan. Así pues, corresponde traer a colación la STC del Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, según la que el Tribunal estima como uno de los presupuestos para el establecimiento de un precedente vinculante el que “se evidencie que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios” (Tribunal Constitucional, 2005).

Sin embargo, en la sentencia previamente citada reconoce el propio tribunal que un precedente vinculante establecido previamente puede ser cambiado cuando se evidencie dicha necesidad, en lo que nos respecta, en la medida que el precedente vinculante se evoca como una forma de resolver vacíos normativos al haber una “ausencia absoluta de norma” generando que pese a existir una regulación jurídica sobre determinada materia haya una inexistencia de una regla específica para solucionar un “área de conflicto coexistencial”.

Lo antes dicho responde a que se evaluará el precedente Huatuco Huatuco como precedente vinculante fruto de la función integradora del Tribunal Constitucional, pero, sin perder de vista que la existencia de un precedente vinculante no garantiza que la respuesta da por el supremo interpreta deba considerarse una verdad absoluta, pues, como en todos los aspectos del derecho, deberá analizarse si dicha solución representa la más adecuada para resolver la problemática que pretende acabar.

Estando a lo dicho, y reconociendo la potestad del TC, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, de establecer reglas jurídicas de carácter general capaces de vincular a los jueces de la nación, quienes al momento de decidir deberán observarlas de manera obligatoria por ser parte del llamado bloque de constitucionalidad; salvo un apartamiento debidamente motivado en beneficio de la protección de la constitución. Al respecto, Castillo (2018) señala “por esta razón, al igual que las leyes de desarrollo constitucional, las interpretaciones directas que de la Constitución realizan la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en sus sentencias de desarrollo constitucional, conforman el bloque de constitucionalidad”.

En ese sentido, el 16 de abril del 2015, el supremo tribunal en el marco del proceso seguido por doña Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra la Corte Superior de Justicia de Junín, estableció como precedente vinculante las reglas contenidas en los fundamentos 18; 20; 21; 22 y 23 de la sentencia recaída en el Expediente Nro. 05057-2013-PA/TC.

Al respecto, para la presente investigación únicamente nos quedaremos con lo establecido respecto de los fundamentos 18 y 20 del citado precedente constitucional, los mismos que pueden concretizarse en:

- La prohibición de la reposición a tiempo indeterminado en aquellos casos en que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil por la ausencia de concurso público de méritos respecto a una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.
- La determinación y sanción de aquellos funcionarios que resulten responsables por la contratación irregular del personal que labora o presta servicios de forma temporal cuando dichos contratos resulten desnaturalizados.

Siendo así, con el precedente Huatuco Huatuco el Tribunal Constitucional realizó un giro de timón, pues, cuando anteriormente se había otorgado la reposición de aquellos trabajadores cuyos contratos civiles o temporales resultasen desnaturalizados, con este nuevo pronunciamiento se cerraba la puerta a la protección restitutoria, primando ahora en el criterio del supremo tribunal la necesidad de que el ingreso a la Administración pública sea siempre

posterior a la realización del debido concurso público de méritos, el mismo que además debía tener como objeto la ocupación de una plaza vacante y presupuestada.

Sin embargo, dicho planteamiento no resultó menos conflictivo que el anterior, puesto que, si en un primer momento el Tribunal Constitucional se inclinó por darle preferencia al derecho fundamental al trabajo en desmedro de la realización de un concurso público de méritos, en este segundo momento el supremo intérprete ha sacrificado la protección adecuada frente al despido arbitrario en beneficio de la ratificación del principio meritocrático como mecanismo que “contribuye a la profesionalización de la administración pública y al reconocimiento de la meritocracia como principio rector del acceso a la función pública” (Lizárraga, 2015).

En esa línea, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente Nro. 06681-2013-PA/TC, se vio obligado a establecer determinados “presupuestos fácticos” que permitiesen la aplicación del precedente vinculante, señalando que estos son:

- (a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente. (b) Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).

Siendo así, se hizo una diferenciación entre aquellas plazas que impliquen el acceso a la carrera administrativa y, que por ello deben estar debidamente vacantes y presupuestadas para ser ocupadas mediante concurso público y aquellas que, pese a implicar función pública, por carecer de la imperiosa necesidad de ser sometidas a concurso, su prescindencia pueda ser aceptada.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente Nro. 1124-2001-AA/TC, ha reconocido que, de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución Política, uno de los aspectos esenciales del derecho al trabajo es la protección contra el despido injustificado. Además, conforme al artículo 27 de la misma carta magna, esta protección abarca la posibilidad de que el trabajador elija entre solicitar su restitución en el puesto o recibir una indemnización, sin estar limitado a una única opción. Sin embargo, la doctrina laboral es crítica al señalar que, pese al reconocimiento constitucional, el tribunal no haya precisado que es el propio trabajador quien debe decidir si desea proteger su derecho mediante la restitución o si prefiere optar por la compensación económica, una precisión que sin duda merecía expresión del supremo intérprete (Murrugarra Retamozo, 2020).

Por otro lado, el precedente mencionado establece la posibilidad de determinar la responsabilidad administrativa de los servidores públicos que originan la celebración de contratos temporales o civiles cuya desnaturalización se declare en el futuro. En este sentido, según Lizárraga (2015), la sentencia del Expediente Nro. 05057-2013-PA/TC reconoce a la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, otorgando a la Administración pública la facultad de sancionar a los funcionarios o servidores públicos. Sin embargo, este autor señala que el Tribunal se ha centrado en imponer sanciones desde una perspectiva punitiva, descuidando el hecho de que las sanciones en el ámbito de la responsabilidad administrativa funcional y disciplinaria tienen como objetivo proteger bienes jurídicos vinculados con la buena administración. Además, estas sanciones sirven como herramienta de prevención y represión de las conductas de los funcionarios, en aras de proteger el interés general.

2.1.4 Ineficacia en la aplicación del precedente Huatuco Huatuco

La implementación del precedente Huatuco Huatuco en el ordenamiento jurídico peruano no trajo solución a la problemática que representa determinar si en aquellos casos en los que se advierta la desnaturalización de los contratos temporales o civiles los órganos jurisdiccionales pueden ordenar la reposición del servidor público, por el contrario, la doctrina laboral sustentaba que dicho precedente constitucional resultaba a todas luces ajeno a lo dispuesto en nuestra carta magna en cuanto dejaba en una completa situación de desamparo a aquellos trabajadores.

Así, en casos similares al recaído en el Expediente Nro. 06129-2014-PA/TC, el Tribunal Constitucional únicamente se limitaba a declarar la improcedencia de las demandas de amparo presentadas, remitiendo a la vía ordinaria laboral solo a aquellas que hayan sido emitidas con anterioridad al precedente constitucional Huatuco Huatuco. Siendo que, desde una posición completamente laboralista podría entenderse que esto representó una insatisfacción a los derechos de los trabajadores públicos cuya laboralidad se desprende justamente de la naturaleza permanente de las labores que desarrollan y cuyos derechos laborales estaban siendo suprimidos únicamente por la actuación de las entidades públicas empleadoras.

Así, la inadecuada protección del derecho del trabajo producida por el precedente Huatuco ocasionó una ausencia de unificación en la jurisprudencia nacional, la misma que intentó ser resuelta por la Corte Suprema mediante la Casación Laboral Nro. 12475-2014-MOQUEGUA del 17 de diciembre de 2015, en la que tuvo que establecer hasta 6 casos en los que no se aplica el citado precedente, siendo los siguientes:

- i) Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad de despido prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes Especiales.
- ii) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo Nro. 276 o de la Ley Nro. 24041.
- iii) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- iv) Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- v) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley Nro. 30057, Ley del Servicio Civil.
- vi) Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú.

Será recién en el Pleno de Sentencia 254/2022 derivado del Expediente N.° 02748-2021-PA/TC que el Tribunal Constitucional daría un nuevo giro a la problemática planteada, pues, con este abriría nuevamente la puerta a la reincorporación de trabajadores que sin haber ingresado mediante concurso público se reconoce que tienen una relación laboral válida con las entidades contratantes, estableciendo que:

A fin de tutelar tanto los derechos laborales de los trabajadores como los requisitos del acceso al empleo público a plazo indeterminado, este Tribunal Constitucional concluye que cuando se despide a una trabajadora cuyo contrato ha sido desnaturalizado y se comprueba que existe nulidad en el despido, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. (Tribunal Constitucional, fs.19).

Siendo así, en mérito a realizar un correcto análisis debe precisarse que en la resolución antes mencionada el propio Tribunal Constitucional reconoce la vigencia del precedente Huatuco, estableciendo que únicamente se podrá ordenar la reposición de los trabajadores en aquellos casos en que habiéndose desnaturalizado el contrato el trabajador haya sido objeto de un despido nulo en tanto se han vulnerado los derechos fundamentales del trabajador al despedirlo.

Así las cosas, aun cuando el supremo tribunal no ha establecido dicho pronunciamiento como precedente vinculante, ni mucho menos que el mismo sea aplicable a la generalidad de los casos en que se compruebe la desnaturalización de los contratos temporales, lo resuelto

representa la importación de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento jurídico peruano, planteando además un nuevo criterio respecto de una situación que como hemos venido señalando ha causado múltiples formas de enfrentarse.

En suma, si bien la solución establecida por el Tribunal Constitucional con el precedente Huatuco Huatuco otorgaba una mayor seguridad respecto de la forma de proceder de los órganos jurisdiccionales, ante tamaña problemática esta no resultaría menos conflictiva que la anterior, siendo que, la doctrina laboral expone que se ha sacrificado parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al trabajo, sin considerar que ello se hizo en beneficio de la meritocracia y la protección constitucional que esta merece.

2.2 Contenido de la Sentencia del Expediente N.º 02748-2021-PA/TC

2.2.1 Resumen de los hechos materia de controversia

El 14 de septiembre de 2020, Jenny Marvila Meléndez interpuso demanda de amparo contra el Hospital I Víctor Lazo Peralta - Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud, exigiendo que se declare ilegal y nulo el despido arbitrario del que fue víctima el 27 de agosto de 2020, y consecuentemente, se ordene la suscripción de su contrato laboral a plazo indeterminado.

La demandante que laboró para el hospital emplazado como técnica en enfermería desde el 3 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2019, y posteriormente desde el 28 de enero hasta el 30 de junio de 2020, como locadora de servicios, mediante órdenes de compra, para seguir laborando desde el primero hasta el 17 de julio de 2020, según recibo electrónico por honorarios E001-31 y, finalmente, desde el 17 de julio hasta el 27 de agosto de 2020, sin que medie contrato alguno. Manifiesta, además, que fue despedida por no querer firmar la orden de compra 4503642292, del 13 de agosto de 2020, no obstante que su empleador conocía que estaba en estado de gestación.

Asevera que laboraba sin contrato desde el 17 de julio de 2020, y qué basándose en los hechos y en virtud del principio de primacía de la realidad, los contratos verbales de locación de servicios celebrados con la emplazada devienen en nulos, ya que se encontraban desnaturalizados, puesto que solo encubrieron la relación laboral a plazo indefinido que mantenía con su empleador, dentro del régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Supremo 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Alega también, la vulneración del principio tuitivo de primacía de la realidad y de los derechos constitucionales al trabajo, a la protección de la madre gestante y al debido proceso.

El apoderado judicial de la Red Asistencial Madre de Dios del Seguro Social de Salud (EsSalud), contesta la demanda argumentando que ésta es improcedente, porque la demandante, desde el inicio hasta la culminación de los servicios prestados a EsSalud, ejerció labores que implican servicios no incluidos en el catálogo del acuerdo marco, conforme a lo establecido en el literal a) del numeral 5.1. del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF, pues las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT vigentes al momento de la transacción, están sujetas a las facultades del Organismo de Supervisión de las Contrataciones del estado (OSCE).

Asimismo, refiere que es improcedente porque resulta de aplicación a la situación de la demandante, el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 05057-2013-PA/TC, pues no ingresó a laborar a la entidad demandada mediante un concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante y de duración indeterminada, debido a que siempre fue contratada en la modalidad de locación de servicio (contratos de naturaleza civil), mediante órdenes de compra, sin generar un vínculo laboral; y que obvió firmar la última orden de compra 4503642292, del 13 de agosto de 2020, para prestar servicios al Programa de Inmunizaciones del Hospital emplazado del 17 de julio al 14 de setiembre de 2020, con el errado y premeditado propósito de aprovecharse de dicha omisión para requerir que se declare nulo su supuesto despido.

El Juzgado Civil - Sede Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante Resolución 4, del 23 de octubre de 2020, declaró fundada la demanda, al considerar que en autos ha quedado acreditado que la demandante ha laborado en favor de la demandada con un contrato con fecha 3 de noviembre de 2019 hasta el 17 de julio de 2020, y que, al 27 de agosto de 2020, fecha del despido, tenía alrededor de 6 meses de gestación, por lo que fue despedida de manera arbitraria, ya que fue contratada en una plaza presupuestada y mediante concurso público.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró infundada la demanda, manifestando que la demandante ha mantenido un vínculo contractual de locación de servicios desde el mes de octubre de 2019 hasta el 30 de junio de 2020, ejerciendo labores como técnica en enfermería, las cuales estaban sometidas a subordinación y dependencia, además de realizar otras funciones, por lo que se acreditó en autos que la emplazada utilizó dicha modalidad contractual con el propósito de simular una relación laboral de naturaleza temporal, y que en armonía con el artículo 77, inciso d) del Decreto Supremo 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dichos contratos se han

desnaturalizado. Sin embargo, aduce que resulta de aplicación el precedente fijado en la Sentencia 05057-2013-PA/TC, ya que de la demanda y lo recabado se desprende que la demandante no ingresó mediante concurso público de méritos para una plaza vacante e indeterminada. Asimismo, con relación al estado de gestación de la demandante, la Sala considera que esta no ha acreditado que haya informado documentalmente a la entidad demandada respecto a su estado de gestación, por lo que no puede concluirse que este haya sido el móvil del despido.

2.2.2 El criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional

El máximo intérprete de la constitución comienza analizando si el vínculo por el cual la demandante se encontraba laborando se encontraba desnaturalizado, a lo que concluye que en aplicación del principio de primacía de la realidad, por el que prevalece la realidad sobre las formas contractuales, se determina que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil desde el primer momento de su contratación, todo ello en mérito a la naturaleza del cargo de técnico de enfermería para el que se le contrató y así como las funciones asignadas de naturaleza permanente y no temporal (ya que era una actividad propia a la actividad principal de hospital emplazado).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional pasa a analizar la existencia de un despido discriminatorio, vinculado al estado de gestación de la demandante, a lo que determina que el hecho de que la demandante estuviera embarazada de seis meses y que fuera notorio su estado de gestación, no es un hecho controvertido, sino pacífico; lo que únicamente no existe es un documento entregado por la demandante, en el que hubiese comunicado su estado de gestación y que, en lo que respecta a la necesidad de comunicar al empleador el embarazo para que opere la protección reforzada que otorga la Constitución, ya no es exigible, desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Por último, se examina el precedente Huatuco (Expediente 05057-2013-PA/TC), el cual establece una serie de reglas de interpretación de aplicación en casos de despido en el sector público, respecto a la reincorporación de trabajadores y sostiene que el caso en concreto no es uno que verse de un supuesto puro de desnaturalización de contrato, el cual ha sido regulado por el “precedente Huatuco”. Sin embargo, sí involucra una discriminación por razón de sexo de una trabajadora a la que se le despidió por el estado de gestación en el que se encontraba, el cual deviene al despido en nulo. Este elemento, por sí solo, da lugar a que el citado precedente sea aplicado de manera parcial.

De acuerdo con el precedente detallado, la protección de los derechos laborales de los trabajadores en el sector público debe priorizarse, V.gr en este caso, cuando una trabajadora

embarazada sin que medie causa alguna es despedida o no se le renueva el contrato que ha sido desnaturalizado por haberse pactado bajo la modalidad de locación de servicios, cuando en realidad el trabajo se prestaba de manera subordinada.

Asimismo, tampoco guarda armonía con el ordenamiento jurídico ordenar la reposición de esos trabajadores a plazo indeterminado cuando no han accedido al cargo por concurso público a una plaza presupuestada y vacante, ya que se estaría vulnerando la meritocracia, así como la igualdad de oportunidades.

Por lo anteriormente expuesto, y a fin de tutelar los derechos laborales de los trabajadores como los requisitos del acceso al empleo público a plazo indefinido, el supremo intérprete de la Constitución concluye que cuando se despide a una locadora cuyo contrato fue desnaturalizado y se comprueba que existe nulidad en el despido, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada. En caso de que la trabajadora no se presente al concurso o no lo apruebe, su contrato se extinguirá sin que tenga derecho al pago de indemnización. Durante el tiempo de la reincorporación temporal, quedarán habilitadas las facultades disciplinarias del empleador, cuando compruebe faltas relacionadas con el comportamiento o capacidad de la trabajadora.

2.2.3 La continuidad del criterio jurisprudencial

Habida cuenta que la sentencia del Expediente N° 02748-2021-PA/TC fue expedida el 22 de julio de 2022, con la finalidad de precisar las consideraciones que el Tribunal Constitucional ha esgrimido para ordenar la reposición en aquellos casos en los que se acredite la desnaturalización de los contratos temporales o civiles, hemos de mencionar que a la fecha este órgano jurisdiccional ha seguido aplicando dicho criterio en situaciones similares.

Siendo así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2021-PA/TC, de fecha 15 de diciembre de 2022, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo presentada por Melisa Gabriela Luna Mendoza contra la Municipalidad Provincial de Anta, solicitando su reposición laboral como jefa de la Oficina de Estudios y Proyectos, alegando haber sido despedida por la entidad demandada pese a encontrarse en estado de gestación. A su respecto, el supremo tribunal señaló que aun cuando la trabajadora ocupaba un puesto de confianza bajo el régimen CAS, así como, que el plazo de dicho contrato había vencido, en cuanto la accionante se encontraba en estado de gravidez el cese de sus funciones era irregular, es decir, había sido víctima de un despido nulo, por lo cual, ordenó su reposición; así pues, dicha decisión representa una nueva actuación del tribunal consistente en ir contra la

prohibición de ordenar la reposición laboral en aquellos casos donde aun habiéndose acreditado la desnaturalización el trabajador no haya ingresado por concurso público de méritos.

Posteriormente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01271-2021-PA/TC, de fecha 30 de marzo de 2023, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo presentada por Angélica Ramona Bayona contra la Municipalidad Provincial de Talara, solicitando se ordene su reposición como psicóloga de la Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente, pues, habiéndose desnaturalizado los contratos de locación de servicios, y, como consecuencia de ello, encontrarse vigente una relación laboral válida entre la accionante y la entidad emplazada, ha sido despedida por encontrarse en estado de gestación.

Al respecto, el supremo intérprete señaló que:

La protección de los derechos laborales de los trabajadores del sector público debe ser priorizada, lo cual resulta incompatible con la prohibición expresa de ordenar la reposición cuando se **comprueba que se ha recurrido a modalidades que vulneran los derechos fundamentales**, como es el caso de una trabajadora embarazada a la que, sin causa alguna, se le despide o no se le renueva un contrato de trabajo, que además, en este caso, estaba desnaturalizado, por haberse pactado bajo las leyes civiles, cuando los servicios se prestaban en forma personal, subordinada y remunerada (Tribunal Constitucional, f.j. 18).

Siendo así, concluye el tribunal que:

Cuando se despide a una trabajadora cuyo contrato ha sido desnaturalizado y se comprueba que el empleador no justificó su decisión en causa distinta a la maternidad, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada (Tribunal Constitucional, f.j. 19).

En esa línea, en lo que respecta a la jurisprudencia relevante que sobre el tema se ha esbozado encontramos la sentencia recaída en el Expediente. N° 00878-2022-PA/TC, de fecha 25 de julio de 2023, en el que el respetado tribunal declaró fundada la demanda de amparo presentada por Carlos Alberto Rivera Balcázar contra la Dirección Regional de Salud de Lima, solicitando se disponga su reposición laboral en el cargo de chofer, pues, fue despedido encontrándose con Covid-19, así como, que dicho despido le fue comunicado vía WhatsApp. Siendo así, el Tribunal Constitucional no solo ha reservado el criterio jurisprudencial para los casos de despido durante el periodo de gestación, sino que, él mismo es extensivo para aquellos casos en los que se advierta la vulneración de derechos fundamentales, es decir, aquellos casos

en los que más allá de apreciarse una desnaturalización contractual la Administración pública cometió un abuso de su posición contractual.

Finalmente, de la jurisprudencia analizada podemos advertir que el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia del Expediente N.º 02748-2021-PA/TC, ha sido mantenido por el Tribunal Constitucional como una excepción por la que se puede ordenar la reposición temporal de trabajadores cuando se haya producido un despido nulo que atenta contra sus derechos fundamentales, lo cual entre otras cosas permite advertir la relevancia que ha empezado a tomar la figura del trabajador indefinido no fijo dentro del ordenamiento jurídico peruano, así como, su necesario análisis a fin de establecer su pertinencia como mecanismo de protección de los derechos laborales.

2.2.4 Crítica al criterio jurisprudencial adoptado por nuestro Tribunal Constitucional

Si bien el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional (TC) en el expediente N.º 02748-2021-PA/TC y siguientes, busca una solución de equilibrio ante la compleja situación de una contratación irregular, dicha solución resulta cuestionable desde una perspectiva centrada en la primacía de la función pública y sus principios rectores. Ello se debe a que el criterio adoptado parece priorizar indebidamente la situación personal del trabajador sobre las exigencias institucionales y el interés general inherente a una correcta gestión de la función pública, afectando directamente al modelo democrático de función pública.

Esta crítica parte de la premisa fundamental de que la Administración pública, como institución regida por principios de legalidad y mérito, no debería ser forzada a adaptarse a la situación particular de un individuo. Por el contrario, es el individuo quien debe cumplir con las reglas preestablecidas y objetivas para ingresar y permanecer válidamente en la función pública, ello en la medida que es el funcionario quien debe sobreponer sus intenciones personales al beneficio de la Administración pública, siendo que, al ingresar a la carrera pública, el ciudadano tiene un deber con el interés común en pro incluso de la fortaleza democrática del estado y la salvaguarda del bien común a largo plazo.

Así, entre otras cosas, el criterio establecido por el Tribunal Constitucional peruano exige que la estructura administrativa, el presupuesto y la planificación de personal se ajusten *ex post* para dar cabida a una situación individual (estado de indefensión del trabajador), entrando claramente en aspectos subjetivos que pueden conllevar una grave afectación al interés público. Esto invierte la lógica según la cual el trabajador se integra a una estructura pública preexistente y formalmente regulada con el objetivo de alcanzar el interés general.

Por consiguiente, aunque la protección a los trabajadores contra el despido nulo o arbitrario es un tema que atender, no puede equipararse la contratación en el ámbito privado

con la contratación pública, que por su carácter público gira en torno a los principios y normas de la contratación administrativa de personal, todo ello, nuevamente, en pro del interés general.

En esa línea señala Nevado-Batalla que:

Resulta por tanto un error comparar la estabilidad del empleado público con la caracterización temporal que pueda recibir la contratación en el ámbito privado. La estabilidad no es un factor que privilegia al empleo público del privado por cuanto son realidades laborales incomparables, mucho más si el vínculo del empleado público con la Administración nace del nombramiento como funcionario público.

Asimismo, debe recordarse que el acceso al empleo público es un derecho fundamental cuya protección debe ser considerada también por los juzgadores, en mayor medida por el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la constitución, siendo que, su garantía se encuentra intrínsecamente vinculada al respeto de un acceso fundado en el principio de mérito y capacidad e inclusive el de igualdad y no discriminación. Siendo importante también reconocer la situación de indefensión que se genera en aquellos ciudadanos que se han preparado rigurosamente con la finalidad de postular a una plaza pública que, por la mala praxis de los encargados de contratar personal en la Administración, quizás nunca se encuentre disponible para ellos, o no bajo un procedimiento adecuado fundado estrictamente en evaluar sus méritos y capacidades.

De igual forma, debe tomarse atención que la función pública implica no sólo un marco de control al momento del ingreso a esta, sino que, también resulta necesaria la exigencia de evaluaciones de productividad y organización que permitan determinar el cumplimiento de parámetros de eficiencia por parte de los funcionarios públicos, de forma que se consiga un modelo de servicio público profesionalizado, ello en tanto “el empleo público está ante todo condicionado por una función: la del cumplimiento de los fines de la Administración Pública” (Piñar, 1995).

Así las cosas, es el momento de selección de personal el más importante en el ejercicio de la función pública, toda vez una mala elección puede traer consigo una serie de consecuencias que terminarían incluso hipotecando el funcionamiento y presupuesto de la Administración Pública por mucho tiempo, lo cual no representa un error superfluo, ya que, como señala Jiménez Asencio (2023):

Los costes funcionales son inmensos, pues quien trabaja mal o muy mal repercute varias de sus tareas o sus fallos sobre la organización y sobre sus propios compañeros; pero ese mal desempeño (que, por lo común, no se mide en nuestras organizaciones, al no haber sabido o no haber querido implantar sistemas de evaluación del desempeño) tiene

además y sobre todo impacto especial sobre la calidad de los servicios y prestaciones públicas, deslegitimando la propia imagen de la Administración Pública y generando desconfianza entre la ciudadanía.

Estando a lo dicho, la estabilidad en el cargo, puesto o carrera pública gira en torno a categorías como la meritocracia y capacidad, la igualdad y no discriminación y la propia constatación de la productividad y organización de aquellos que ingresan a la función pública, siendo que, aunque la protección contra el despido nulo o arbitrario que defiende la doctrina laboralista es un tema no menospreciable, el sistema organizativo de la función pública no resiste dichos planteamientos, toda vez que, obligar a las entidades públicas a reincorporar a servidores implica la vulneración directa de los preceptos constitucionales del empleo público que han recogido nuestros constituyentes, así como, la ruptura del sistema democrático de contratación pública.

Desde esta perspectiva crítica, la solución más coherente con los principios de la función pública debería buscarse en otras vías reparatorias, como lo sería una indemnización que compense al trabajador sin necesidad de adaptar la estructura pública a las contingencias personales de los trabajadores.

En definitiva, el criterio establecido por el TC representa, desde esta óptica, una ponderación que resulta desequilibrada, al subordinar las reglas institucionales objetivas y el interés público general a las circunstancias y entorno personal del trabajador.

Capítulo 3

El Trabajador Indefinido No Fijo

3.1 Naturaleza de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”

La jurisprudencia ha calificado esta relación como una ficción jurídica que responde a la necesidad de proteger al trabajador frente a prácticas abusivas de los funcionarios de las entidades públicas, pero a su vez buscando que los principios de acceso meritocrático al empleo público no sean sacrificados en perjuicio del Estado. En tal sentido, su naturaleza jurídica es mixta; por un lado, presenta rasgos de un carácter indefinido, dado que el vínculo no está sujeto a una duración determinada ni tiene una fecha de vencimiento; por otro, no confiere una estabilidad plena, de ahí su condición de “no fijo”, ya que la permanencia del trabajador está sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones objetivas como la cobertura reglamentaria de la plaza mediante concurso público o la existencia de provisión presupuestaria para esta. Siendo que, se le otorga a la persona que ocupe una plaza indebidamente la posibilidad de acceder a ella, para lo cual deberá presentarse al concurso público una vez convocado y resultar ganador.

Esta dualidad ha generado diversas posturas doctrinarias, por un lado está la doctrina laboralista, que cuestionaría la ficción señalando que bastaría con verificar la desnaturalización de la relación laboral y el paso de determinado periodo de tiempo para que el trabajador sea acreedor del derecho de estabilidad en dicha plaza, por otro lado la doctrina administrativa postula que con el reconocimiento de un trabajador como “indefinido no fijo” se obliga a la Administración pública a realizar determinadas actuaciones, sin tomarse en cuenta que se afecta su estructura organizativa y presupuestaria.

Por su parte, la jurisprudencia española, y más recientemente la peruana, han coincidido en que se trata de una **relación indefinida en cuanto a su duración, pero condicionada en cuanto a su estabilidad**, lo que la diferencia tanto de los contratos temporales ordinarios como de los contratos a tiempo indeterminado.

Así, el vínculo laboral del “trabajador indefinido no fijo” perdura mientras la Administración no convoque el concurso público para regularizar la plaza. En consecuencia, su duración es incierta, pero su final estaría determinado por dos supuestos objetivos: la provisión de la plaza conforme a la normativa vigente y la aprobación del respectivo concurso de mérito.

Esta caracterización será desarrollada a continuación, mediante el análisis de los dos elementos esenciales que definen esta relación jurídica: el carácter indefinido del vínculo laboral (3.1.1) y su no fijeza estructural (3.1.2).

3.1.1 *El carácter indefinido*

En Perú existen diversos tipos de formas de contratación laboral, pero, que en suma se dividen en los contratos que originan una relación de naturaleza indefinida y aquellos llamados contratos “modales” o de tiempo determinado, mismos que están sujetos a cubrir necesidades específicas, pero, además, encontramos en la práctica la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”. Asimismo, tenemos 2 grandes ramas de contratación: la contratación laboral privada y la contratación pública (función pública).

Así pues, en el derecho del trabajo privado, una relación laboral se entiende como indefinida en tanto se acuerda la prestación de servicios sin fijar un límite temporal para su finalización, careciendo así de un término preestablecido. Mientras que, una relación laboral será de carácter temporal cuando la existencia de una causa objetiva de contratación así lo justifique, habilitando la norma al empleador el poder contratar personal por un periodo de tiempo determinado. Además de la causa que la origina, es esencial notar que, en las relaciones laborales privadas temporales, una característica clave es la existencia de una fecha específica para la finalización del vínculo laboral. En cambio, en las relaciones laborales privadas indefinidas, no existe una fecha concreta para la terminación del vínculo laboral, lo que implica que la relación perdura hasta que se presenten determinadas condiciones V.gr. una causa justa de despido. Siendo que, en ambos casos, cuando exista una afectación, el derecho fundamental que se buscará proteger por excelencia es el del trabajo.

Por su parte, en lo que a la función pública respecta, tenemos que una relación laboral es de carácter indefinido no solo por su condición de indeterminada, sino, sobre todo, por la estabilidad adquirida por el funcionario público, quien se encuentra constitucionalmente protegido para desarrollarse en la carrera pública. Mientras que, una relación laboral pública será de carácter temporal cuando por excepcionalidad se requiera la cobertura inmediata de un puesto. En ambos casos, la contratación se encuentra estrechamente vinculada con el principio de legalidad, como rector de la actuación de toda la Administración pública. Sin embargo, en el caso de la función pública, vinculada per se a la actuación del Estado, el interés general se erige como el contenido constitucionalmente protegido, toda vez que, toda actuación de la Administración pública responde a la consecución del bien común.

En ese sentido, en lo que a empleo público se refiere, erigen principios del derecho con reconocimiento constitucional dirigidos a garantizar no solo el acceso a este, sino, la legalidad de las actuaciones de la Administración pública en tanto medio para la consecución del interés general, principio de mérito y capacidad, principio de igualdad y el propio principio de legalidad. Estos principios forman parte del contenido constitucionalmente protegido del

derecho al trabajo en la función pública en tanto representan garantías y principios garantes de que el acceso, permanencia y término de la relación laboral pública se rija por parámetros y criterios objetivos, garantizando además la protección de los funcionarios públicos y demás connacionales en tanto las plazas son ocupadas por personal capacitado producto de un concurso público.

Por último, en lo que nos respecta, la jurisprudencia ha insertado en el ordenamiento jurídico peruano a la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, la misma que como hemos mencionado trae ciertas peculiaridades. En esta la relación laboral existente entre una entidad pública y su trabajador ha sido declarada indefinida por un órgano jurisdiccional, pero, en un sentido amplio de la palabra, toda vez que, realmente no se dota de fijeza al funcionario a una plaza determinada, sino que, su mantenimiento en esta, llegado el momento de realizar el concurso público, dependerá de que este acredite cumplir con las condiciones requeridas para ocuparla. Ello basado en la necesidad que tiene la administración de cubrir sus plazas en irrestricto respeto a los principios de mérito y capacidad.

Siendo así, en atención a lo dicho respecto de una relación laboral indefinida, en lo que llamaremos “su sentido estricto”, y lo mencionado sobre la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, observamos que, aunque similares, en el caso de la segunda, existe una condición resolutoria necesaria que determinará el mantenimiento en el tiempo de la relación entre la entidad pública contratante y el trabajador que ocupa una plaza sin haber cursado un debido concurso público de mérito, condición cuyo fin no sería otro que proteger a la administración.

3.1.2 El carácter no fijo

La ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” tiene como segundo aspecto su falta de fijeza; siendo que, ello representa que el trabajador, por haber entrado sin concurso público, carece de estabilidad en la plaza que se encuentre ocupando, toda vez que dicha estabilidad tiene como requisitos sine qua non el ingreso mediante concurso público y la existencia de una plaza debidamente presupuestada.

En el derecho laboral, una relación no fija, puede entenderse como aquel vínculo laboral, en el que no existe estabilidad, ya sea porque el empleador no cuenta con las condiciones necesarias para contratar al trabajador de manera permanente, o porque debido a las tareas que realiza el trabajador, su puesto no siempre necesita ser cubierto con un personal específico. Sin embargo, como veremos más adelante, ello no precisamente encaja en el caso de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, toda vez que una de las partes es la Administración pública, y esta se rige por los principios básicos del Derecho Administrativo.

Sin perjuicio de ello, antes de continuar con nuestro análisis, en este punto es esencial definir qué en nuestro criterio una relación laboral será no fija cuando no exista una vinculación entre el trabajador y el cargo que ocupa, toda vez que para generarse esta se requiere la presencia de ciertas condiciones de carácter objetivo.

Por lo tanto, entendemos que lo peculiar de este tipo de relación laboral de carácter no fija, es que, la continuidad de esta relación laboral está condicionada al cumplimiento de condiciones de carácter objetivo.

De la misma manera que en el punto precedente, al aproximar este análisis hecho del carácter “no fijo” de una relación laboral a la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” tenemos que con el pronunciamiento jurisdiccional que reconoce al trabajador como tal este no adquiere fijeza respecto de la plaza que ocupa momentáneamente, por no cumplir con dos condiciones específicas de carácter objetivo: el acceso a la Administración pública mediante el debido concurso público de mérito y la previsión de la plaza en el sistema organizacional de la entidad.

3.2 La normativa peruana del empleo público y el “trabajador indefinido no fijo”

Para abordar la cuestión de la adecuación del “trabajador indefinido no fijo” a la Ley Marco de la función pública, Ley N.º 28175, es fundamental destacar que dicha legislación no incluye una figura equivalente a la del “trabajador indefinido no fijo” español, pero sí contiene disposiciones que podrían servir como base para la incorporación de esta figura en el marco legal del país. Por su parte, es menester traer a colación la ley N.º 24041, la cual daba estabilidad a los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que cumplieran más de un año ininterrumpido de servicios, siendo que, los juzgadores nacionales incluso reconocieron dicho beneficio inconstitucional a los locadores de servicios con la mera constatación de ordenes de servicios, boletas de pago, etc., es decir, constatando meramente el transcurso del tiempo.

Ahora bien, en que lo que a la ley Marco de la función pública respecta, su Artículo III, dispone su ámbito de aplicación, esto es que:

Regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión de la función pública

A partir de ello, se puede concluir que la citada norma podría alcanzar a la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, ya que su contenido se adecua a las características descritas, haciendo énfasis en que refiere que regula todo tipo de prestación de servicios dentro

de la Administración pública, independientemente de la calificación que posea.

Sin perjuicio de ello, esta norma contiene también otras disposiciones que nos podrían inclinar a descartar la inclusión del “trabajador indefinido no fijo” dentro del ordenamiento jurídico peruano, siendo relevantes por ende el Artículo IV.7 que versa sobre los principios que rigen la función pública, en específico, sobre los principios de mérito y capacidad, estableciendo que “El ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en la función pública se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública. Para los ascensos se considera además el tiempo de servicio.”.

Así también, el Capítulo III de la citada norma desarrolla disposiciones claves para fundamentar la ficción jurídica del “trabajador indefinido fijo”, siendo de atención los artículos 5; 6 y 9, que señalan:

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.

Artículo 6.- Requisitos para la convocatoria

Para la convocatoria del proceso de selección se requiere: **a) Existencia de un puesto de trabajo presupuestado en el Cuadro de Asignación de Personal - CAP y en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP.** b) Identificación del puesto de trabajo. c) Descripción de las competencias y méritos. d) Establecimiento de criterios de puntuación y puntaje mínimo. e) Determinación de remuneración. Artículo 7.- Requisitos para postular Son requisitos para postular al empleo público: a) Declaración de voluntad del postulante. b) Tener hábiles sus derechos civiles y laborales. c) No poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo. d) Reunir los requisitos y/o atributos propios de la plaza vacante. e) Los demás que se señale para cada concurso.

Artículo 9.- Incumplimiento de las normas de acceso

La inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida. Es nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordene o permita.

Las normas antes planteadas son relevantes en la medida que de una interpretación literal de las mismas tendríamos que descartar la inclusión de la ficción jurídica del “trabajador

indefinido no fijo” en el ordenamiento jurídico peruano; sin embargo, como mencionamos al inicio del presente acápite, la existencia de la Ley N.º 24041 planteó una situación completamente diferente a lo establecido en la Ley Marco, pues permitía la permanencia de servidores públicos, o inclusive locadores, bajo la mera constatación del cumplimiento de un año ininterrumpido de servicios.

En lo que nos respecta, somos de la opinión de que dicha norma representa una grave vulneración a los preceptos constitucionales referentes al acceso al empleo público, dígase el principio de mérito y capacidad, igualdad y no discriminación, toda vez que, aunque parte de la doctrina señale que esta no reconoce estabilidad al trabajador, sino solo su permanencia en la plaza hasta su cobertura por concurso público, dicho planteamiento contradice la propia norma en tanto esta ordena que su cese o destitución (pese a no tener nombramiento), solo podría suceder por una causal legalmente prevista para la terminación de una relación laboral administrativa de un funcionario público que ha accedido a su plaza por concurso público.

Aunado a ello, debe considerarse que la doctrina laboral plantea que el retiro de un servidor temporal implica dejarlos en un estado de completa indefensión, máxime si dicha situación ha sido provocada por el accionar de la Administración pública. Así, dicha posición plantea la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” como una solución intermedia la cual permite que aquella situación de irregularidad en la que se encuentra el trabajador cuyos contratos se han desnaturalizado se regularice en el futuro cercano.

Ahora bien, lo cierto es que la normativa administrativa es clara y establece como requisitos necesarios para el acceso al empleo público el pasar por un concurso público que mida la capacidad y los méritos de cada persona, así como, que debe preexistir un puesto de trabajo presupuestado. Así pues, aquellos que tienen el estatus de “indefinidos no fijos” por un mandato judicial lo tienen pese a no haber acreditado cumplir con los requisitos para acceder a una determinada plaza mediante un concurso público que garantice la aplicación de los principios de mérito y capacidad, requisitos obligatorios para quienes desean trabajar para la Administración pública, siendo que, incluirlos en una plaza pública, aunque sea temporalmente, implicaría mantener en una plaza de interés general a alguien cuya capacidad puede ser cuanto menos discutida; asimismo, la situación se vuelve más crítica si consideramos que los juzgadores no analizan si la plaza se encuentra debidamente provisionada y presupuestada, siendo que, su razonamiento podría terminar afectando incluso la operatividad de una entidad pública.

3.3 Peculiaridades sobre las partes que conforman la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”

3.3.1 *El trabajador como parte de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”*

El trabajador indefinido no fijo es definido como:

Aquél cuyo contrato, originariamente temporal, se ha convertido en indefinido por el incumplimiento de la Administración contratante de la normativa sobre contratación temporal; si bien ese carácter indefinido de la relación laboral no supone la fijeza en la planilla con la adscripción definitiva a un puesto de trabajo, sino que podrá ser cesado tras la cobertura reglamentaria de dicho puesto de trabajo (Buendía, Martínez, 2004).

Tomando como base tal definición, podemos decir que este se trata de un empleado que se encuentra al servicio de la Administración pública (empleador) bajo la modalidad de “indefinido no fijo” en función de haber sido reconocido así por un mandato judicial, encontrándose en una situación distinta a la de un trabajador permanente y la de un trabajador contratado de forma temporal.

Como se sabe, este no posee un régimen jurídico que lo regule expresamente ni una definición específica brindada por la normativa, siendo todo lo conocido con respecto de la figura, fruto de interpretaciones jurisprudenciales existentes, lo cual trae consigo ciertas dudas con respecto de su naturaleza, así como también de todas sus peculiaridades.

Se le llama de esta forma, inicialmente porque incumple con la legislación administrativa que establece que para poder trabajar dentro de la Administración pública se deberán respetar los principios de mérito y capacidad, así como, que dicha contratación debe basarse en una plaza provisionada y presupuestada, empero, cuya existencia se entiende dada la propia búsqueda de la extinción de su carácter “no fijo” con la realización del debido concurso público de méritos. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, los parámetros para la búsqueda de dicha extinción no solo carecen de una determinación eficiente, sino que, en la práctica resultan incluso lesivos para la Administración pública, quien, por ejemplo, podría verse forzada a provisionar una plaza (con los problemas que ello atañe) en función a un mandato judicial que así lo exige.

No obstante, desde una perspectiva protectora del derecho al trabajo, impedir el cese arbitrario de una persona que ha laborado por años en condiciones que materialmente configuran una relación laboral puede ser visto como un acto de justicia. En ese marco, la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” cobra sentido como herramienta transitoria que da equilibrio e intenta resguardar al trabajador sin desconocer completamente los principios que rigen el acceso al servicio público.

Así pues, el trabajador resulta un elemento esencial en la ficción jurídica objeto de estudio, toda vez que es la latente vulneración a su derecho fundamental al trabajo lo que justificaría su permanencia en un puesto de trabajo dentro de la Administración pública, en contraposición con los intereses de esta última, siendo que, posteriormente convendrá explicar la certeza o falsedad de ello.

3.3.2 La Administración pública como parte de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”

Según Antonio Abruña se entiende a la Administración pública como “una organización con poder público que actúa con potestad administrativa, potestad que se caracteriza por su sometimiento a la ley y al control judicial”. Y es la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la que se encarga de mencionar expresamente cuáles serán estas entidades en su artículo I, pues son estas las que estarán sometidas a su regulación. Véase:

Artículo I. Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. (...).

Primero están las llamadas administraciones públicas generales, las cuales obtienen tal denominación, ya que van a alcanzar a toda una colectividad en base al espacio sobre el que estén asignadas, sin importar la condición que ostente cada una de las personas que forman parte, simplemente por el hecho de pertenecer al territorio asignado para su gobierno, teniendo como función principal el velar por los intereses generales y el bien común de los mismos. Dentro de estas encontramos al “poder ejecutivo, incluyendo ministerios y organismos públicos descentralizados, el poder legislativo, el poder judicial, los gobiernos regionales y los gobiernos locales” (Congreso de la República, 2001).

Y, en segundo lugar, existen las administraciones públicas especiales, llamadas así, porque ya no van enfocadas a una colectividad general, sino que tienen un determinado rango de actuación en torno al poder que le confiera la Administración pública principal. Estas son:

Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen y las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. (Congreso de la República, 2001).

Entonces, cabe precisar, que, en torno a la ley expuesta, serán estas administraciones públicas las capaces de ser parte dentro de una relación laboral con los trabajadores que acceden al empleo público.

Así pues, es crucial delimitar el alcance subjetivo de esta ficción jurídica respecto a la entidad empleadora. Esta, tal como ha sido desarrollada jurisprudencialmente en España e introducida en Perú, es específica del ámbito de la Administración pública en sentido estricto, es decir, aquellas entidades que se rigen por las normas del derecho administrativo y las leyes específicas de la función pública. Por lo tanto, esta ficción jurídica no resulta aplicable a las empresas públicas del Estado. Siendo la razón fundamental, que estas empresas, aun siendo de propiedad estatal, operan y gestionan sus relaciones laborales principalmente bajo las normas del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N.º 728). En este régimen privado, la desnaturalización de contratos suele llevar al reconocimiento de una relación a plazo indeterminado pleno, sin la particularidad de la "no fijeza" ligada a la obligación de un concurso público administrativo posterior. Esta diferencia resulta esencial para comprender el ámbito específico de aplicación de la ficción jurídica del "trabajador indefinido no fijo".

3.4 Formas de extinción de la ficción jurídica del "trabajador indefinido no fijo"

3.4.1 La cobertura de la plaza por procedimiento reglamentario

En primer lugar, se debe tener claro que para que una persona pueda cubrir una plaza dentro de la Administración pública como trabajador debe seguir y pasar por un determinado procedimiento o también llamado concurso público de mérito, el cual se encuentra regulado en el artículo 30º del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa, por diferentes fases, véase:

El concurso de ingreso a la Administración Pública comprende las fases de convocatoria y selección de personal.

La fase de convocatoria comprende: el requerimiento de personal formulado por los órganos correspondientes, con la respectiva conformidad presupuestal, la publicación del aviso de convocatoria, la divulgación de las bases del concurso, la verificación documentaria y la inscripción del postulante.

La fase de selección comprende: la calificación curricular, la prueba de aptitud y/o conocimiento, la entrevista personal, la publicación del cuadro de méritos y el nombramiento o contratación correspondiente.

Una vez, realizado este proceso quien gane estará sometido a un contrato laboral de naturaleza indefinida, declarándose ganador de una plaza debidamente presupuestada y que forma parte de la organización funcional de la administración; siendo que, particularmente hablando de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, en el caso específico si así lo fuese, si quien ha sido reconocido como uno no se presentará o no saliera ganador del concurso será reemplazado por aquel que ha demostrado tener la capacidad para ocupar dicha plaza.

En estos casos, la terminación se produce no por cláusulas resolutorias previstas en este, sino por una condición impuesta por un órgano jurisdiccional, siendo que, el puesto ocupado por el “trabajador indefinido no fijo” será ocupado por otra persona que ha ganado dicho derecho por haber ganado el debido concurso público de méritos. Sin embargo, esto es viable siempre y cuando la Administración pública tome las medidas necesarias para realizar la cobertura del puesto de manera reglamentaria dentro de un plazo prudente. De lo contrario, estaría actuando de forma arbitraria y no podría evitar que el trabajador indefinido no fijo permanezca en el puesto de manera permanente, como se ha evidenciado en la jurisprudencia comparada, en el caso que terminó en la Sentencia del Tribunal Supremo de España, correspondiente al Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina 1157/2011, en la cual se estableció que una plaza ganada temporalmente a través de un concurso no podía considerarse como un medio adecuado para contrarrestar el derecho del “trabajador indefinido no fijo”, siendo necesario que sea suplido por un trabajador de carácter indefinido que así lo haya ganado por sus propios méritos y en la debida oportunidad.

3.4.2 La amortización de la plaza

Cuando hablamos de amortización de una plaza, tenemos que la Administración pública por propia voluntad decide suprimir una de sus plazas previstas, debiendo justificar ello en razones objetivas que así lo respalden, siendo que, ello provoca la finalización del vínculo laboral con el “trabajador indefinido no fijo”.

Para ello existen diversas causas, siendo en primer lugar las económicas, las cuales se desarrollan en el ámbito presupuestal, es así que, se decide dar fin al contrato por existir una "situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes", considerándose, en todo caso, persistente, cuando subsista a lo largo de tres trimestres consecutivos" (Lalaguna, 2012), en segundo lugar las técnicas, que versan sobre los cambios que ocurren dentro de la administración pública, ya sea "en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate" (Villalba, 2014), y en tercer lugar las organizativas, que surgen "cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público" (Villalba, 2014). Todo ello, siempre y cuando estas causas sean debidamente probadas y acreditadas, sometiéndose a un determinado procedimiento, el cual va a variar en torno a la forma en cómo se tomó la decisión de llevar a cabo tal despido, es decir, si esto se ha decidido de manera individual o colectiva, siendo que en cualquiera de los casos quien sea despojado de la plaza va a ser beneficiario de una debida indemnización, la cual versa sobre una "una cantidad equivalente a veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades" (Ministerio de Trabajo, 2023).

En conclusión, la amortización de una plaza en el sector público representa una herramienta jurídica que permite a la Administración suprimir un cargo previamente establecido en su estructura funcional, siempre que existan motivos objetivos y debidamente justificados. Esta medida implica la terminación de la relación laboral del "trabajador indefinido no fijo" que ocupa dicha plaza, siendo necesario que su aplicación esté respaldada por razones válidas de carácter económico, técnico o de organización interna. De este modo, se busca evitar decisiones arbitrarias y asegurar que la eliminación del puesto responda a necesidades reales y sostenidas de la entidad pública. Asimismo, la normativa vigente contempla mecanismos de protección para el trabajador afectado, reconociendo el derecho del trabajador a recibir una indemnización proporcional al tiempo laborado, lo que contribuye a mantener un equilibrio entre la capacidad de reorganización del Estado y la estabilidad relativa que debe garantizarse al vínculo laboral en cuestión.

Capítulo 4

Alcances jurídicos de la inserción de la ficción jurídica del trabajador indefinido no fijo en el Ordenamiento Jurídico Peruano

4.1 Diferencias entre el precedente Huatuco Huatuco y el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC

Considerando lo expuesto hasta el momento, el precedente vinculante Huatuco Huatuco, contenido en la sentencia del expediente N.º 05057-2013-PA/-TC, y el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC, tienen notorias diferencias que en mérito a su relevancia hemos de pasar a precisar.

Recapitulando, el precedente Huatuco proscribió la reposición a tiempo indeterminado, sin importar que se encuentre acreditada o no la desnaturalización del contrato temporal o civil, ello lo hizo en mérito a que el ingreso a la Administración pública debe hacerse a través de concurso público previsto para una plaza presupuestada anteriormente (vacante de duración indeterminada), siendo que, en los casos en que ocurra tal desnaturalización los justiciables podrán solicitar la respectiva indemnización.

Asimismo, estableció un sistema de responsabilidad funcional con la finalidad de sancionar a aquellos servidores que encontrándose encargados de la contratación de personal incumplan las formalidades previstas, es decir, que no realicen el debido concurso público de méritos dando pie a una contratación irregular, así como, la reconducción de los procesos en los que no pueda ordenarse la reincorporación a fin de que los justiciables puedan obtener una indemnización.

Por otro lado, como bien reconoce nuestro Tribunal Constitucional, la sentencia contenida en el expediente N.º 02748-2021-PA/TC, fue emitida en un contexto particular en cuanto se trataba de un despido contra una trabajadora gestante lo cual conllevó directamente la afectación de sus derechos fundamentales, como del fuero de maternidad, y, por tanto, que se trate de un despido nulo; siendo que, el precedente Huatuco Huatuco resultaba únicamente de aplicación parcial, y, se procedió a ordenar la reposición temporal de la trabajadora en su puesto de trabajo, hasta la realización del respectivo concurso público de méritos a plaza presupuestada para una vacante de duración indeterminada.

En ese sentido, la primera diferencia que se advierte entre los pronunciamientos antes mencionados es que con el nuevo criterio jurisprudencial adoptado por el TC, se ha establecido la aplicación parcial del precedente Huatuco Huatuco en aquellos casos en los que pese a la falta de concurso público se compruebe la nulidad en el despido, es decir, dicho precedente resulta de plena aplicación en los casos en que el cese de los trabajadores cuyos contratos

temporales o civiles se han desnaturalizado se haya producido por un despido injustificado o uno arbitrario, dada la inexistencia de una causa ilícita.

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional justifica dicha diferenciación en la existencia de una afectación a circunstancias específicas como el irrespeto al estado de gravidez en que se encuentre el trabajador o el menosprecio a su dignidad humana, V.gr. despedirlo en estado de gestación, siendo que, del análisis de dichos pronunciamientos se advierte que se reconoce que a la fecha los procesos de amparo en los cuales los trabajadores solicitan la reposición por haberse producido la desnaturalización de sus contratos han aumentado, es decir, que contrariamente a lo que se pensó que se iba a lograr el precedente Huatuco Huatuco, la Administración pública ha seguido utilizando contratos temporales para la cobertura de puestos que por la naturaleza de sus funciones ameritan sean correctamente cubiertos por plazas presupuestadas y vacantes de duración indeterminada, máxime si se toma en cuenta que la responsabilidad funcional prevista en el precedente vinculante en nada ha servido para mermar las irregularidades previstas.

En esa línea, la aplicación total o parcial del precedente Huatuco Huatuco en uno u otro caso proscribire o faculta la posibilidad de que se ordene la reposición de los trabajadores, así, en los casos de despido arbitrario se encuentra proscrito que los tribunales ordenen esta, mientras que, en casos donde haya un despido nulo se aplicará parcialmente el precedente, ordenándose la reposición temporal del trabajador hasta que la propia entidad convoque al respectivo concurso público de méritos para cubrir dicho cargo, siendo requisito sine qua non que se cuente con una plaza vacante y presupuestada.

Así las cosas, las diferencias entre ambos pronunciamientos saltan a la luz, sin embargo, en lo que nos respecta, lo realmente relevante entre uno y otro pronunciamiento es que mediante el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC, se introdujo en el ordenamiento jurídico peruano la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, nacida en el ordenamiento jurídico español, la misma que si bien representa una respuesta ingeniosa para una situación compleja, a la fecha sus alcances no han sido precisados, dejando así múltiples interrogantes que ameritan ser resueltas tanto en beneficio de los trabajadores, pues, con esta carecen de fijeza, así como, de la Administración pública, ya que, dicha figura podría usarse como una vía para mantener de forma indefinida a aquellos servidores que no hayan ingresado mediante concurso público.

Ahora bien, la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” debe ser analizada cuidadosamente a la luz de la jurisprudencia tanto nacional como internacional, así como de los problemas que su aplicación podría generar en el marco normativo vigente en el Perú. Ello, con

el objetivo de proteger a los trabajadores del sector público que se ven afectados por contrataciones irregulares, sin que ello implique sacrificar los principios fundamentales que rigen la contratación administrativa.

En consecuencia, encontrándose establecido que en la actualidad nuestro Tribunal Constitucional ha introducido la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento peruano para los casos en los que encontrándose desnaturalizados los contratos temporales o civiles la entidad pública contratante cese al trabajador mediante un despido que adolezca de nulidad, así como, que dicha figura ha sido implementada por nuestro TC sin establecer precisiones que garanticen la plena protección tanto de los principios del Derecho Administrativo como los del Derecho Laboral; corresponde que a fin de dotar al operador jurídico de un conocimiento más completo respecto de tan novedosa categoría analicemos los alcances que la aplicación de dicha figura podrían tener en la función pública peruano.

4.2 Inconvenientes prácticos causados por la inclusión de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento jurídico peruano

El establecimiento de una “relación indefinida no fija” implica *per se* la existencia de un mandato judicial firme que obliga a la Administración pública a aceptar dicha situación, así como a dar entrada a una nueva plaza dentro de su organización y a realizar un concurso público que permita acreditar el mérito y capacidad de aquel trabajador que habiendo ingresado por un plazo determinado ha visto desnaturalizada su relación laboral.

Lo antes dicho se sustenta en que una vez convocado el concurso público aquel trabajador que ha sido repuesto por mandato debe concurrir junto con los demás postulantes y aprobar este, de forma que, en atención a sus propios méritos y capacidad se le otorgue la plaza que ocupaba de manera temporal, en atención a la desnaturalización de sus contratos civiles o temporales; sin embargo, ello debe ser tratado con sumo cuidado para que la decisión del Tribunal Constitucional no represente una apertura a la celebración de contratos temporales o civiles con la finalidad de obtener un ingreso a la Administración pública fraudulento.

En esa línea, la ficción jurídica del “trabajador del indefinido no fijo” es nueva dentro del ordenamiento jurídico peruano, lo que conlleva que aún los operadores jurídicos desconozcan sus alcances, y, consecuentemente, los problemas que su aplicación puede suponer, correspondiendo en los apartados siguientes señalar algunos de ellos y su relación con la normativa peruana vigente, con la finalidad de posteriormente esbozar aquellas propuestas de solución que se han venido planteando tanto dentro de nuestro ordenamiento jurídico como en el de su país de origen, España.

4.2.1 *Los problemas organizativos y presupuestales originados por la reposición del “trabajador indefinido no fijo” a la función pública.*

Uno de los primeros problemas que surgen lo encontramos en la vulneración a la habilitación organizativa que tienen las Administraciones públicas respecto de las plazas que comprenden su organización. Así pues, abrir a concurso público una plaza que previamente no estaba delimitada por la organización funcional de una Administración pública representa una grave vulneración a su propia estructura organizativa. Sin embargo, deberemos ver si la protección al trabajador fundamenta dicha vulneración.

Dictado el mandato jurisdiccional, la administración se ve obligada a reponer temporalmente al trabajador, siendo que, aquí se presenta ya una primera dificultad relacionada con mantener a un trabajador en una plaza cuya habilitación organizativa y presupuestal no ha sido prevista con anterioridad. Ahora bien, si bien la ficción jurídica del “indefinido no fijo” se defiende en que dicha “irregularidad” será temporal, debe señalarse que ello resulta a todas luces antojadizo en cuanto se fuerza a la Administración pública a crear, provisionar y presupuestar una plaza.

Así, la creación de una nueva plaza supondría una alteración significativa en la estructura organizativa de la misma, en tanto se le obligaría a modificar sus instrumentos de gestión institucional, debiendo analizarse y modificarse (de ser posible) el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE) y el Presupuesto Analítico de personal (PAP), de lo cual hablaremos con mayor profundidad más adelante

En relación con ello, la Directiva N.º 006-2021-SERVIR-GDSRH menciona:

Manual de Organización y Funciones (MOF): Documento de gestión institucional en el que se describen y establecen la función básica, las funciones específicas, las relaciones de autoridad, dependencia y coordinación, así como los requisitos de los cargos o puestos de trabajo.

Pero a su vez también postula, y es de donde surgirían aún más problemas, que, “a la fecha, las entidades que cuenten con este documento no pueden modificarlo, y las que no cuentan con uno, no pueden formularlo, dado que su norma se dejó sin efecto mediante la Resolución de Presidencia Ejecutiva N.º 161-2013-SERVIR/PE”.

Si bien, tal resolución hizo alusión a que tal norma ya no tendría validez, puesto que esta figura iba a ser reemplazada de manera progresiva por el Manual de Perfiles de Puestos (MPP) recogido en la Ley del Servicio Civil (Ley N.º 30057), aún hay entidades públicas que lo emplean de manera referencial sin contar con un MPP, y aunque contarán con ello, la problemática no dejaría de existir, porque en cualquiera de los casos, de no existir la plaza

correspondiente para la apertura del concurso público que permita al “trabajador indefinido no fijo” reincorporarse a la función pública en caso de resultar ganador, se debería reestructurar la organización de la entidad, ya sea por la creación de un MPP, en caso de no contar con uno, que contenga el puesto de trabajo del cual se abrirá plaza, o la modificación del mismo si lo tuviesen, lo cual representaría una vulneración a la autonomía organizativa de una entidad pública.

También, cabe resaltar, ya que van de la mano, si lo que se busca es mantener una coherente gestión organizacional dentro de la entidad, la importancia de que tal puesto de trabajo se encuentre dentro del Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE) o de manera temporal dentro del Cuadro para Asignación de Personal Provisional (CAP-P), siempre y cuando este se ajuste a las disposiciones dadas por ley.

En atención a esto, la Directiva N.º 002-2015-SERVIR/GDSRH que recoge la figura del Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE), nos brinda como definición la siguiente: “Documento técnico normativo de gestión institucional que contiene de manera ordenada y sistemática todos los puestos de trabajo de una entidad pública, incluyendo tanto los del régimen del Servicio Civil como los de otros regímenes laborales y especiales.”

Por lo tanto, para que por mandato de nuestro Tribunal Constitucional se ordene abrir una nueva plaza que será llamada a concurso público, no basta con solo buscar salvaguardar el interés del trabajador, que quiere ser reincorporado a la Administración pública por haberse desnaturalizado su contrato, si no que implica, todo un estudio previo acerca de si la estructura orgánica de la entidad admite ese nuevo puesto de trabajo, o un trabajador más a un puesto ya existente, sustentando ello de manera técnica, legal, presupuestal y en torno a las necesidades de la misma, debiendo solicitar la modificación del Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE) y conjuntamente la aprobación del Manual de Perfiles de Puestos (MPP) que contenga esta nueva plaza, para que así todo se lleve a cabo de la manera más idónea, sin incurrir en ningún tipo de infracción legal o administrativa.

En la misma línea de investigación, el problema de la falta de asignación presupuestaria debe ser tomado en cuenta en gran profundidad toda vez que advertimos un doble problema, uno inmediato referido a la falta de asignación presupuestal para el pago del periodo laborado por los trabajadores hasta la efectiva realización del concurso público, así como, uno mediato, referido a la falta de previsión presupuestal para la convocatoria de dicho concurso, pues, si bien el tribunal constitucional manda a que la Administración pública lo lleve a cabo, este no advierte que para la ejecución de dicho mandato tendrá que pasar un tiempo indeterminado, lo cual implica un desembolso significativo de recursos del estado, siendo que, finalmente podría

corroborarse que dicho trabajador no cumple con la capacidad necesaria para ocupar dicha plaza.

Asimismo, resulta relevante lo establecido en el artículo 4, numeral 10 de la Ley N.º 28175, Ley Marco de la función pública, el cual, en relación con el principio de provisión presupuestaria, dispone que “todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado” (Congreso de la República, 2004). En ese sentido, tanto la reposición temporal del trabajador como la posterior convocatoria a concurso público de méritos constituyen actos que indudablemente generan un impacto en el presupuesto de las entidades públicas obligadas a ejecutarlos. No obstante, la normativa vigente no determina con claridad la forma en que dichas entidades deben proceder, lo que genera incertidumbre en su aplicación práctica.

En ese sentido, actualmente la legislación presupuestaria no permite la inserción de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el ordenamiento jurídico peruano; pues, si bien se reconoce que la naturaleza de sus funciones es de carácter permanente, debe tenerse en cuenta que dicho puesto no se encuentra dentro de la organización esencial y garantista del funcionamiento de esa entidad pública, siendo que, dicha plaza es prescindible dentro de esta, lo cual evidentemente sustenta la falta de necesidad de su aprovisionamiento.

4.2.2 *La amortización de plazas: ¿Una amenaza a la estabilidad del trabajador indefinido no fijo?*

Otro de los problemas que se advierte de la inserción de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” es el supuesto en que aquella plaza respecto de la que se ordena la reposición temporal y el posterior concurso público sea amortizada.

Al respecto, hemos de mencionar que dicha problemática se ha visto de manera latente en el ordenamiento jurídico español, pues, como concluye la doctrina, “la interpretación jurisprudencial permite considerar al contrato indefinido no fijo como un contrato de interinidad por vacante sometido a la condición resolutoria consistente en la cobertura de la plaza por el procedimiento preestablecido” (Villalba, 2014), empero, que la misma no se encuentra ajena a la existencia de controversias respecto de su extinción.

En ese sentido, una de estas controversias consiste en aquellos casos en que por medidas de austeridad económica la Administración pública se vea en la obligación de extinguir mediante la amortización aquellos contratos interinos en virtud de los que los trabajadores indefinidos no fijos se mantenían prestando funciones (Villalba, 2014). Así las cosas, se advierte que en estos casos la entidad pública debe acreditar la desaparición de la necesidad estructural cubierta con dicha plaza que justifique su despido (Ayuso, 2019).

Del mismo modo, podría asumirse que la amortización de plazas afecta de manera uniforme a todos los servidores públicos. No obstante, es precisamente la ausencia de fijeza en el vínculo laboral del trabajador indefinido no fijo lo que exige un análisis diferenciado de este supuesto. En efecto, el ordenamiento jurídico español contempla el principio de “prioridad de permanencia”, el cual ha sido reconocido de manera expresa en favor del personal laboral fijo, es decir, aquellos trabajadores que han accedido al cargo mediante un procedimiento selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad (Villalba, 2014). Este principio, como su denominación lo sugiere, otorga a los trabajadores fijos una posición de ventaja frente a los indefinidos no fijos en contextos de amortización de plazas, al momento de decidir quién conserva el puesto ante la reducción de personal.

Desde una perspectiva laboralista, la exclusión del trabajador indefinido no fijo en situaciones de amortización de plazas podría considerarse injustificada, en tanto implicaría dejar sin efecto un mandato judicial emitido en su favor y, al mismo tiempo, constituiría una vulneración a su derecho fundamental al trabajo. No obstante, esta postura no está exenta de críticas, pues desconoce que la decisión de amortizar una plaza por parte de la Administración pública no responde, en principio, a una voluntad de afectar derechos laborales, sino a una necesidad institucional legítima orientada a su sostenibilidad. En efecto, como ya se ha mencionado, la amortización se encuentra motivada por razones de orden económico que deben estar adecuadamente fundamentadas y acreditadas.

En esa línea, sostener que la Administración podría utilizar de forma arbitraria la figura de la amortización con el fin de eludir sus obligaciones como empleadora, supondría desvirtuar el sentido y propósito de este mecanismo legal. La amortización tiene como finalidad última la protección del interés público, permitiendo a las entidades estatales reorganizar su estructura de personal cuando la subsistencia de determinadas plazas se torna insostenible. Obligar a la Administración a mantener cargos innecesarios o financieramente inviables implicaría no solo una carga irrazonable, sino también una afectación al principio de legalidad, dado que es la propia normativa la que faculta expresamente a amortizar plazas ante situaciones de insuficiencia presupuestaria.

4.2.3 Casos en los que el trabajador indefinido no cumple las exigencias mínimas para ocupar la plaza

Finalmente, otro de los problemas que se derivan de la incorporación de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” es la tensión que surge entre la protección del trabajador y el respeto a los principios de mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público. Esto se debe a que la permanencia de un trabajador en una plaza, sin haber superado

el proceso selectivo correspondiente, podría implicar que dicho puesto **estructuralmente necesario** sea ocupado por una persona que no haya acreditado el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para su desempeño.

Lo anteriormente señalado genera un nuevo conflicto. Por un lado, podría admitirse que el trabajador beneficiado por un mandato judicial participe en el concurso público de méritos en igualdad de condiciones, a pesar de no cumplir con los requisitos mínimos exigidos para la plaza, lo que supondría otorgar una ventaja injustificada y la posibilidad de que se cubra un cargo con una persona no calificada. Por otro lado, se plantearía excluir al trabajador indefinido no fijo del proceso de selección por no acreditar mérito o capacidad, lo cual contradeciría la finalidad correctiva de la propia figura.

Esta paradoja evidencia una de las principales contradicciones al abordar el estudio de esta ficción jurídica, ya que implicaría exigir a los jueces que, previo a emitir una sentencia, evalúen el mérito y la capacidad del trabajador al que pretenden restituir. Sin embargo, ello resultaría jurídicamente inviable, pues vulneraría la autonomía organizativa de la Administración pública, al invadir competencias que corresponden exclusivamente al procedimiento de selección establecido por la normativa vigente.

Siendo así, ambas situaciones implican la colisión de los principios del Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo en la medida que si bien en el Perú la reposición ordenada por el tribunal constitucional es temporal y a causa de haber sido víctima de un despido nulo, la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” no puede entenderse sin la necesidad de que con posterioridad dicha plaza sea cubierta, máxime si ha sido el propio TC peruano el que en el pleno de sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC ha señalado como causa del fin de dicha temporalidad el “que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada.” (Tribunal Constitucional, f.j. 19).

Ahora bien, en la misma línea el TC peruano ha establecido que en el caso en que el trabajador indefinido no fijo no se presente o no apruebe el concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba su contrato éste quedará extinguido sin tener derecho al pago de indemnización, ello dota de menor sentido a una posición que pretenda la readmisión temporal del “trabajador indefinido no fijo” a una plaza para la que no cumple con los requisitos mínimos.

En esa línea, tanto esta situación como las problemáticas previamente expuestas generarán no solo un intenso debate dentro de la doctrina jurídica peruana, sino que también plantearán desafíos que deberán ser afrontados y resueltos por los operadores jurídicos del país.

4.3 Análisis jurisprudencial sobre la reposición laboral en la contratación pública y los límites del precedente Huatuco

La reposición de trabajadores contratados irregularmente por la Administración pública, sin haber accedido mediante concurso público de méritos, ha sido uno de los aspectos más controvertidos dentro de la función pública, como régimen que regula las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en relación con el ejercicio de sus funciones públicas. Esta problemática ha estado estrechamente vinculada al desarrollo jurisprudencial de nuestro TC, particularmente a partir del precedente vinculante Huatuco Huatuco, contenido expediente N.º 05057-2013-PA/TC.

En primera instancia, debemos mencionar que el derecho función pública se erige como un modelo democrático organizativo que debe regirse por la predominancia del interés público, lo cual implica priorizar los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad, siendo que, solo estos permitirán que dicho modelo sea reconocible para quienes quieran postular a un cargo público, debiendo tener además establecida una estructura funcional de acceso y ascenso conforme al rendimiento del funcionario público.

Lo antes dicho es relevante en tanto nos permite entender que una visión que priorice la laboralización de la función pública es ajena a la protección del Derecho función pública al punto de mediatizar la relación surgida entre la Administración pública y el servidor que asume una plaza, toda vez que, en pro de la protección de intereses individuales se deja de lado la protección del interés general (fin último de toda actuación del Estado), de forma que se pretende equiparar la relación laboral privada, cuya protección última corresponde al trabajador, con la relación laboral pública, la cual, pese a que no se deba desamparar la protección a los trabajadores, el interés general se sobrepone a los interés individuales de los trabajadores, toda vez que, como hemos mencionado anteriormente, es el trabajador quien debe poner su proyecto de vida en torno a los intereses de la administración.

Así las cosas, uno de los puntos más criticados tras la emisión del precedente Huatuco Huatuco fue su disposición de aplicación inmediata, sin establecer una distinción entre procesos en curso y nuevos procesos judiciales. Esta exigencia fue rechazada por algunos órganos jurisdiccionales, como lo evidencia el expediente N.º 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, resuelto por el Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, donde se decidió inaplicar el precedente en lo relativo a su vigencia inmediata, al considerar que vulneraba los principios de debida motivación de las resoluciones y el principio *pro actione*, reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Frente a estas controversias, resulta menester recordar que nuestro TC emitió la sentencia del expediente N.º 06681-2013-PA/TC, precisando que el precedente Huatuco solo sería aplicable si concurrían dos condiciones: que el trabajador hubiera sido contratado mediante un vínculo desnaturalizado, ya sea civil o temporal, y que solicitara su reposición en una plaza vacante, presupuestada y comprendida dentro de la carrera administrativa.

A partir de esta interpretación, la Corte Suprema fue estableciendo criterios diferenciados. En la Casación Laboral N.º 21082-2017-CAJAMARCA, por ejemplo, se determinó que no resultaba exigible la realización de un concurso público para acceder a un puesto de trabajo sujeto al régimen privado, como es el caso de la Autoridad Nacional del Agua, lo que llevó a declarar infundado el recurso de casación presentado por dicha entidad. Por el contrario, en las casaciones N.º 13696-2017-LIMA y N.º 12056-2018-DEL SANTA, la Corte Suprema reafirmó la exigencia del concurso público, resolviendo que, al no haberse cumplido este requisito, no procedía la reposición solicitada por los trabajadores. Estas decisiones se sustentaron en la jurisprudencia ya consolidada por las Casaciones N.º 8347-2014-DEL SANTA y N.º 4336-2015-ICA.

En conclusión, la evolución de la jurisprudencia sobre la reposición de trabajadores contratados de manera irregular por la Administración pública revela una constante contradicción entre la protección de los derechos laborales y el respeto a las normativas que regulan el acceso a la función pública. A pesar de que nuestro TC buscó aclarar los alcances del precedente vinculante Huatuco Huatuco, la imposición de su aplicación inmediata ha generado controversias, siendo rechazada por algunos tribunales, lo que demuestra una falta de coherencia en su implementación. Además, ha generado fallos contradictorios por parte de la Corte Suprema, que alterna entre exigir y no exigir el concurso público dependiendo del régimen laboral. Esta falta de consistencia y claridad deja espacio a la arbitrariedad y amenaza la efectividad de los principios constitucionales de transparencia y meritocracia en el acceso a cargos públicos.

4.4 Vigencia de la Ley N.º 24041 y su influencia en la reposición de trabajadores públicos

Una norma que ha influido de manera significativa en los recientes fallos judiciales es la Ley N.º 24041, que establece que los trabajadores contratados para funciones permanentes y con más de un año de servicios ininterrumpidos no pueden ser despedidos, salvo por las causales previstas en el Decreto Legislativo N.º 276. Aunque esta norma fue derogada en 2020 por el Decreto de Urgencia N.º 016-2020, su vigencia fue restablecida mediante la Ley N.º 31114, publicada en enero de 2021.

Este marco normativo ha servido como base para ordenar la reincorporación de trabajadores que no accedieron a sus puestos por medio de un concurso público, como lo evidenció la Casación N.º 11667-2018-SULLANA. En dicha sentencia, se subrayó que la Ley N.º 24041 no busca incluir a estos trabajadores en la carrera administrativa, sino protegerlos de despidos arbitrarios. Sin embargo, su aplicación generalizada ha generado una serie de complicaciones, como la falta de mecanismos normativos para regularizar la situación de los trabajadores reincorporados, quienes en muchos casos siguen en sus puestos sin haber sido convocados a un concurso público. Además, el uso de los recursos presupuestales para ejecutar estas reposiciones ha sido criticado por no seguir los procedimientos habituales de acceso a la función pública.

En conjunto, las sentencias revisadas evidencian una notable inconsistencia en la aplicación del precedente Huatuco, así como en el manejo de las contrataciones irregulares por parte de la Administración.

Desde una perspectiva crítica, el restablecimiento de la Ley N.º 24041 pone en evidencia una gestión normativa desarticulada y una escasa previsión para abordar los efectos de su aplicación, lo que genera incertidumbre tanto para los trabajadores como para la Administración. La falta de claridad sobre los mecanismos para regularizar las reposiciones y el uso de recursos no previstos para este fin refleja una gestión pública que podría estar vulnerando principios básicos de transparencia y eficiencia en el uso de los recursos del Estado.

En este contexto, la figura del "trabajador indefinido no fijo" se presenta como una solución jurídica tentativa para equilibrar los derechos laborales con los principios constitucionales que rigen la función pública. Sin embargo, aún está en proceso de definición, lo que genera aún más incertidumbre sobre su efectividad. Esta falta de regulación clara podría resultar en una solución temporal mal estructurada que, lejos de resolver los problemas subyacentes, podría perpetuar la irregularidad y la inestabilidad en el acceso al empleo público.

4.5 Equilibrio entre intereses públicos y laborales

4.5.1 *La ficción jurídica como solución intermedia*

La ficción jurídica del "trabajador indefinido no fijo" en Perú se ha presentado como un punto intermedio entre las necesidades del trabajador y las necesidades cambiantes de la Administración pública, debido a que puede llegar hasta cierto punto a armonizar las opuestas necesidades de ambas partes. Sin embargo, pese a encontrarnos en un escenario donde la estabilidad laboral es un anhelo para los trabajadores y la flexibilidad es esencial para la Administración pública, debido a sus múltiples deficiencias, deberá analizarse si realmente

dicha figura protege de manera correcta a ambas partes, y, sobre todo, si dicho planteamiento no afecta el interés público.

Para el trabajador, en este caso, el empleado público, está ficción jurídica representa un avance hacia una mayor estabilidad laboral en contraposición con otras formas de contratación que le resultan perjudiciales en cuanto al reconocimiento de sus derechos y beneficios sociales. En contraposición de los contratos temporales o los de locación de servicio, esta ficción jurídica reconoce una relación laboral de carácter indefinido de la que son parte la Administración pública y el empleado público, ofreciendo así una apariencia de estabilidad para el trabajador, puesto que, no se establece un límite temporal concreto. Esto a todas luces representaría un aspecto esencial para el bienestar y la planificación a largo plazo de la vida laboral de un colaborador al permitirle contar con una seguridad financiera.

Ahora bien, desde el punto de vista de la protección que necesita la Administración pública, este planteamiento presenta serios cuestionamientos. Primero, porque se obliga a la administración a mantener a un trabajador cuya capacidad y mérito para ocupar una plaza no ha sido previamente cuestionada, siendo que, ello podría inclusive derivar en la emisión de distintos actos administrativos carentes de una debida justificación por ser emitidos por alguien que no se encuentra debidamente capacitado. Segundo, porque se obliga a la administración a provisionar una plaza inclusive en aquellos casos en los que esta carezca de una verdadera necesidad, representando un gasto innecesario para las arcas del estado, así como una vulneración a la autonomía organizativa que tiene el Estado.

Además, se ha sostenido ampliamente que el “trabajador indefinido no fijo” es el precario de la administración pública en tanto se tiene a una persona ocupando una plaza que no le pertenece por no contar con una debida habilitación, la misma que se obtendría necesariamente mediante la admisión a esta por el conducto regular, es decir, por un concurso público de méritos. Dicha posición la sustentamos en que resulta imprescindible para un adecuado funcionamiento del aparato estatal que este siga estrictamente el principio de legalidad, el mismo que no se respeta saltándose las normas de admisión al empleo público.

Por ello, equiparar la protección que se le brinda a un trabajador en la esfera de contratación laboral privada a aquella que podría brindársele en la esfera de contratación pública resulta en un error, pues, en la segunda revisten mayor importancia los presupuestos básicos sobre los que debe actuar la Administración pública V.gr. el principio de mérito y capacidad, el principio de legalidad, el principio de provisión presupuestaria, etc., no solo para garantizar un acceso transparente a la carrera administrativa o, en general, al empleo público, sino también, como una forma de garantizar el correcto funcionamiento del Estado.

4.5.2 Necesidad de regulación normativa

La compleja problemática derivada de la contratación irregular en el sector público peruano, marcada por la tensión entre principios laborales fundamentales y las necesidades de una normativa flexible para solventar la necesidad de contratación de la Administración pública, demanda una solución estructural que supere las respuestas parciales conocidas hasta el momento. La ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, importada jurisprudencialmente del derecho español y aplicada de manera incipiente por nuestro Tribunal Constitucional, se perfila como un mecanismo de equilibrio, pero su consolidación y eficacia dependen de una intervención legislativa decidida.

La regulación normativa de esta ficción jurídica no es simplemente una opción conveniente, sino que, consideramos es la salida indispensable a la encrucijada actual: la inviabilidad jurídica y ética de otorgar fijeza plena a un empleado público que no accedió mediante concurso de méritos, contraviniendo los principios de igualdad, mérito y capacidad; y, por otro lado, la injusticia de permitir que el trabajador soporte las consecuencias negativas, usualmente el despido sin protección, de las irregularidades cometidas por la propia Administración pública en su contratación (sea por encubrir una relación laboral bajo contratos civiles o temporales, por no convocar el concurso público para una plaza necesaria, o por no contar con la previsión presupuestaria necesaria).

Por lo tanto, resulta indispensable establecer una regulación normativa clara y detallada para la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”. La ausencia actual de un marco legal específico genera un vacío que propicia la inseguridad jurídica. La dependencia exclusiva de criterios jurisprudenciales es una salida “rápida” a la problemática, empero, resulta insuficiente a mediano y largo plazo, dada su inherente variabilidad y las dificultades prácticas ya advertidas en capítulos anteriores. Siendo que, no concebimos una implementación del “trabajador indefinido no fijo” bajo la situación actual, es decir, sin parámetros que garanticen que este ocupante precario termine saliendo de la Administración pública, o, en caso tenga las capacidades necesarias, ocupe dicha plaza de forma regular.

Una reglamentación exhaustiva debería definir con precisión la naturaleza jurídica del trabajador indefinido no fijo, sus derechos, obligaciones, beneficios y condiciones laborales en comparación con el personal de carrera (fijo) y el personal temporal regular, evitando así la perpetuación de una subcategoría de trabajadores precarios dentro del propio Estado y garantizando el respeto a su dignidad y derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 1 de nuestra Constitución Política.

Asimismo, la regulación debe abordar los aspectos procedimentales clave: establecer plazos perentorios y mecanismos de exigibilidad para que la Administración cumpla con la obligación de convocar el concurso público de méritos para la plaza ocupada temporalmente; definir las reglas de participación del trabajador indefinido no fijo en dicho concurso, incluyendo el manejo de la situación si carece de requisitos formales; y normar las causas y procedimientos específicos para la extinción de esta relación laboral, incluyendo la amortización de la plaza bajo criterios objetivos y transparentes que eviten la arbitrariedad. De igual forma, debe integrarse esta ficción con la normativa presupuestaria, creando los mecanismos necesarios para asegurar la financiación de estas plazas mientras se regularizan.

En conclusión, la promulgación de una regulación específica para la ficción jurídica del trabajador indefinido no fijo en nuestro país representa la oportunidad de trascender la solución jurisprudencial y dotar de seguridad jurídica a una realidad compleja. Esta normativa permitiría poder equilibrar la legítima estabilidad laboral que reclaman los trabajadores afectados por contrataciones irregulares (y que, a la luz de los principios protectores del derecho laboral y la primacía de la realidad, merecen tutela) con la necesaria flexibilidad y el irrenunciable cumplimiento de los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades que requiere la Administración pública para garantizar la eficiencia en sus funciones.

Dicha figura deberá ser necesariamente regulada en un nuevo dispositivo legal que establezca, primero, que el concurso público que se convocará cumpla con la exigencia suficiente para garantizar que el ciudadano que resulte ganador, reúna los méritos y capacidad necesaria para cubrir dicha plaza, garantizando así la profesionalización de la función pública, segundo, que no se establezcan preferencias que en la práctica terminan beneficiando a aquel servidor que ocupa la plaza por mandato judicial, tercero, que se establezcan parámetros de tiempo para la realización del proceso de contratación que permitan el efectivo cumplimiento de dicha norma, y, finalmente, que se establezcan sanciones administrativas e inclusive penales para aquellos funcionarios encargados de dar cumplimiento a dicha normativa en caso rehúyan a su cumplimiento.

A través de una normativa clara, se fomentaría un entorno laboral más justo y transparente dentro del sector público, brindando seguridad jurídica a los empleados y pautas claras de actuación a las entidades estatales, fortaleciendo el correcto desempeño de la Administración pública en el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Conclusiones

Primera. - En la actualidad, la contratación irregular de personal en la Administración pública continúa siendo un problema latente, principalmente debido al uso indebido de contratos temporales para solventar labores de naturaleza permanente, generándose así que las relaciones de trabajo en la función pública no cumplan con las normas legales y reglamentarias establecidas. Esto en la práctica resulta en una informalidad de la función pública en la que se reconocería una relación laboral válida e indefinida entre el trabajador y la Administración pública. No obstante, esta denominada “función pública informal” no hace más que mantener el conflicto entre los principios rectores del Derecho Administrativo, en particular del empleo público, y el Derecho Laboral, en particular el principio protector. De igual forma, la ausencia de una regulación clara sobre la protección de estos trabajadores ha generado un panorama de incertidumbre, donde los criterios jurisprudenciales han variado con el tiempo, sin tener hasta el momento una solución definitiva. Además, debe señalarse que toda la Administración pública debe tener modelos organizativos reconocibles para quienes postular, así como una estructura clara respecto de su funcionamiento y formas de ascender tomando en cuenta la trayectoria del servidor, ignorar lo anterior supone un quebrantamiento a los valores y principios esenciales que rigen la función pública. Ahora, la realidad peruana demarca que actualmente el derecho al trabajo función pública se encuentra mediatizado lo que lleva a pretender equipar las relaciones laborales privadas con la relación pública que se genera en la contratación de funcionarios, todo ello sin que hasta la fecha pueda advertirse un giro real de timón que permita solucionar la problemática que hemos planteado durante el desarrollo de la presente investigación.

Segunda. - La implementación de la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” en el Perú respondería a la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre la estabilidad laboral de los trabajadores y los principios que rigen el acceso a la función pública. Esta ficción jurídica permite que el trabajador perjudicado pueda ser repuesto de manera temporal hasta que la Administración convoque a un concurso público para la plaza que viene ocupando. De esta forma, se estaría protegiendo el Derecho al Trabajo sin afectar la meritocracia necesaria para el acceso a la función pública. Sin embargo, actualmente, aún se carece de una reglamentación precisa que permita su aplicación.

Tercera. - Hasta el momento, la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” ha sido introducida en el ordenamiento jurídico peruano. Únicamente ha figurado a través de pronunciamientos jurisprudenciales. Sin embargo, este reconocimiento jurisprudencial no es suficiente para garantizar su correcta aplicación. Por ello, resulta imprescindible que en nuestra

legislación se establezca un marco normativo específico para esta ficción, que defina sus alcances y limitaciones, evitando así, interpretaciones contradictorias y asegurando su correcta implementación en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuarta. - Si bien la adopción de esta figura busca proteger los derechos de los trabajadores afectados por contrataciones irregulares, su implementación sin un adecuado control podría generar consecuencias negativas para la gestión de la función pública y el uso de los recursos del Estado. La reposición temporal de trabajadores en plazas que no han sido debidamente concursadas podría generar un impacto presupuestario negativo y alterar la planificación de las entidades públicas en tanto se ven obligadas a destinar recursos para apaciguar esta contingencia.

En conclusión, es fundamental recordar que la ficción jurídica del “trabajador indefinido no fijo” debe aplicarse de manera excepcional y no como una práctica habitual dentro de la Administración pública, ya que su finalidad principal es corregir situaciones de contratación irregular sin menoscabar los principios que rigen el acceso a la función pública, tales como son los de mérito, igualdad, capacidad y transparencia.

Por ello, su uso no puede convertirse en un mecanismo alternativo a la convocatoria de concursos públicos ni en una vía encubierta para eludir los procedimientos de selección de personal en la Administración pública, debiendo mantenerse como una solución de naturaleza transitoria y correctiva, dirigida a restablecer la legalidad en aquellos casos donde se haya producido un uso indebido de la contratación temporal.

De este modo, se garantiza que la estabilidad laboral dentro de la Administración pública no se obtenga a través de vías irregulares, sino mediante procesos que aseguren la idoneidad de los candidatos y el cumplimiento de la normativa vigente en materia de acceso a la función pública.

Referencias

Artículos, Libros y Revistas

- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Palestra.
- Aparicio Aldana, R. K. (2015). Una solución intermedia al precedente Huatuco: Sobre el contrato indefinido no fijo. *Revista Jurídica Thomson Reuters*, (119).
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2013). *Informe Técnico N.º 000115-2023-SERVIR/GPGSC*. <https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2023/02/Informe-tecnico-000115-2023-Servir-GPGSC.pdf>
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2018). *Informe Técnico N.º 1260-2018-SERVIR/GPGSC*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1369079/Informe%20T%C3%A9cnico%201260-2018-SERVIR-GPGSC.pdf>
- Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR). (2021). *Guía sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos en el Sector Público*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526155/Gu%C3%ADa%20Sistema%20Administrativo%20Gesti%C3%B3n%20RR%20HH%20Sector%20P%C3%BAblico.pdf>
- Ayuso Álvarez, N. (2019). *Personal laboral de la Administración Pública: El personal por tiempo indefinido no fijo*.
- Baca Merino, R., Crisanto Castañeda, A. C., Recio Sáez de Guinoa, J. M., & Vignolo Cueva, O. (2014). *Comentarios y críticas a la Ley del Servicio Civil: La inevitable reforma del empleo público peruano*. ECB Ediciones S.A.C.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2023). Una mirada crítica a las relaciones laborales: ¿Qué es un indefinido no fijo? *Blog personal de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
<https://ignasibeltran.com/que-es-un-indefinido-no-fijo/>
- Blume Fortini, E. (1996). *El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución*. Monografía presentada en el curso Jurisdicción Constitucional, a cargo del profesor Jorge Danós, Universidad Católica del Perú.
- Buendía Jiménez, J., & Martínez Moya, J. (2004). *Aspectos procesales del despido: Una visión jurisprudencial*. Editorial La Ley. ISBN 84-9767-415-4.
- Castillo, L. (2016). Validez y eficacia de los precedentes vinculantes. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (97).

- Castillo, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (3.^a ed. actualizada). Gaceta Jurídica. ISBN 978-612-311-496-1.
- Castillo, L. (2022). *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales* (1.^a ed.). Centro de Investigaciones Judiciales, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- Cerna, M. (2022). *Informe Técnico N.º 00023-2022-SERVIR-GPGSC*. SERVIR. <https://acortar.link/eYzrwV>
- Cobián Castro, E. (2016). La constitucionalización del derecho presupuestario y la protección de los derechos fundamentales: Apuntes para la reflexión en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, (20).
- Cusimayta, G. (2024). *Informe Técnico N.º 000009-2024-SERVIR-GPGSC*. SERVIR. <https://acortar.link/MtUrmu>
- Enfoque Derecho. (s. f.). ¿Construir o destruir?: La posible derogación de la Ley del Servicio Civil y la eliminación de Servir. <https://enfoquederecho.com/editorial-construir-o-destruir-la-posible-derogacion-de-la-ley-del-servicio-civil-y-eliminacion-de-servir/>
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (1998). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. I). Civitas.
- Gorelli Hernández, J. (2015). Delimitación del trabajador indefinido no fijo de las administraciones públicas en España. *Revista Derecho & Sociedad*, (46), 207–216.
- Guerrero Amparán, J. P. (2000). *Consideraciones sobre la instauración del servicio civil en México*. <https://hdl.handle.net/11651/4142>
- Hakansson, C. (2009). *Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Una aproximación. *Dikaion: revista de fundamentación jurídica*, 18, 55-77.
- Hierro Recio, L. (2012). *Mecanismos de intervención del sector público: Las empresas públicas*. Universidad de Sevilla, Departamento de Economía e Historia Económica.
- Ibáñez Carbajal, C. (2011). *El contrato administrativo de servicios como solución a la problemática de los contratos por servicios no personales o nueva problemática dada su naturaleza* (Tesis para obtener el grado de Bachiller). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Instituto Andaluz de Administración Pública. (2023). *Número monográfico sobre la nueva Ley de Función Pública de Andalucía* (*Revista Andaluza de Administración Pública*, N.º 116). Sevilla: IAAP.

- Lalaguna Holzwarth, E. (2012). *Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012*. Base de datos de Westlaw, Documento BIB 2012\2918.
- Lizárraga Guerra, V. (2015). *Análisis del precedente vinculante en el caso Huatuco Huatuco y la responsabilidad administrativa funcional*. *Ius Trib.*, 1(1), 121–134. <https://doi.org/10.18259/iet.2016009>
- López Escarcena, S. (2011). Para escribir una tesis jurídica: Técnicas de investigación en derecho. *Ius et Praxis*, 17(1), 231–246.
- LP Derecho. (s. f.). *¿Estamos realmente frente a un traslado voluntario?* Sobre el tránsito de los servidores públicos al nuevo régimen del servicio civil regulado por la Ley 30057. <https://lpderecho.pe/transito-los-servidores-publicos-al-nuevo-regimen-del-servicio-civil-peru-regulado-la-ley-30057-estamos-realmente-frente-traslado-voluntario/>
- Mondoñedo López, L. L. (2019). *El precedente Huatuco, un fallo vulneratorio de los principios y derechos laborales de los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado* (Tesis para optar el título de abogado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.
- Montoya Obregón, L. (2019). Los principios del derecho del trabajo en la jurisprudencia nacional. *Boletín Informativo Laboral*, (92). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/359210/articulo_principal_agosto.pdf
- Murrugarra Retamozo, B. I. (2020). *El control de convencionalidad en torno al Precedente Constitucional Vinculante Peruano N.º 05057-2013-PA/TC*.
- Nevado-Batalla Moreno, P. T. (2021). *La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración*. *Documentación Administrativa*. Nueva Época, (8), 115–136.
- Ocaña Escolar, L. (2021). *El despido sin causa, ¿Vulnerador de derechos fundamentales?*; Lan Harremanak, 46, 170-202. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23133>
- Ocho Cardich, L. (1998). *Bases del Régimen Constitucional Presupuestario*. Themis. Núm. 37 (1998) Derecho Mercantil.
- Paredes Infanzón, J. (2012) *La estabilidad laboral en el Perú*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc3466804b4149d688bb89501dddbb53/CSJ_AP_D_ARTICULO_DOCTOR_JELIO_PAREDES_15052012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc3466804b4149d688bb89501dddbb53#:~:text=La%20estabilidad%20aboral%2C%20significa%20en,momento%20a%20otro%20sin%20motivo

- Pacori Cari, J. (2021). *Las Empresas Públicas en el Derecho Administrativo*. Portal Jurídico Pasión por el Derecho. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/empresas-publicas-derecho-administrativo/>
- Piñar Mañas, J. L. (1995). *El modelo abierto y cerrado de función pública*. Documentación Administrativa, (243), 41–60.
- Rastrollo Suárez, J. J. (2017). *El acceso a la función pública y los conceptos jurídicos indeterminados*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), España.
- Real Academia Española. (2024). *Diccionario de la lengua española* (24.^a ed.). <https://dle.rae.es>
- SERVIR. (30 de noviembre de 2023). *Reforma del servicio civil: Regímenes laborales*. Obtenido de guias.enap.edu.pe: <https://acortar.link/6Mvd5W>
- Silva, C. (2017). *Mérito y capacidad: en defensa de la carrera y función pública* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.
- Taípe Valdivia, E. (2023) *Incidencia de los locadores de servicios*. (Tesis para grado de bachiller). [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/24773/Taípe_P%
%c3%a9rez_Incidencia_locadores_servicios1.pdf?sequence=1&isAllowed=n](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/24773/Taípe_P%c3%a9rez_Incidencia_locadores_servicios1.pdf?sequence=1&isAllowed=n)
- Treviño Pascual, M. (2019). *El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Núm. 52. Recuperado de: https://zaguan.unizar.es/record/88199/files/texto_completo.pdf?version=1
- Tribunal Constitucional del Perú. (s. f.). *TC declara inconstitucional ley de contrato administrativo de servicios (CAS)*. <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tc-declara-inconstitucional-ley-de-contrato-administrativo-de-servicios-cas/>
- Varela Hernández, A (2021) *Un análisis jurisprudencial sobre la figura del indefinido no fijo en la administración pública española* (Trabajo de fin de grado a cargo de la profesora Lourdes Mella Méndez durante el semestre 2020/2021).
- Vigo Serralvo, F. (2024). *El deber de trabajar: Significado constitucional y proyección legislativa* (1.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vílchez Garcés, L. (2008). *Desnaturalización del contrato de trabajo*. IUS ET VERITAS, 18(36), pp. 366-384. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12266>

Villalba Sánchez, A. (2014). *La amortización de la plaza como causa de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo en las Administraciones Públicas*. Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos, Núm. 3. Pp. 149-164.

Wadsworth Zarate, P. (2004). *Análisis de la ley marco de la función pública “En la búsqueda de una gestión estratégica de los Recursos Humanos”*

Legislación

Congreso de la República del Perú. (1984). *Ley N.º 24041, sobre estabilidad de servidores públicos contratados para labores permanentes*. Promulgada el 27 de diciembre de 1984.

Congreso de la República del Perú. (2001). *Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*. Promulgada el 10 de abril de 2001.

Congreso de la República del Perú. (2004). *Ley N.º 28175, Ley Marco de la Función Pública*. Promulgada el 19 de febrero de 2004.

Congreso de la República del Perú. (2021a). *Ley N.º 31114, Ley que deroga el Decreto de Urgencia N.º 014-2020*. Promulgada el 23 de enero de 2021.

Congreso de la República del Perú. (2021b). *Ley N.º 31298, Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante locación de servicios para actividades subordinadas*. Promulgada el 21 de julio de 2021.

Congreso de la República del Perú. (2021c). *Ley N.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional*. Promulgada el 24 de julio de 2021.

Congreso de la República del Perú. (2022). *Ley N.º 31638, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2023*. Promulgada el 6 de diciembre de 2022.

Constitución Política del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*. Promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Ministerio de Trabajo de España. (1980). *Estatuto de los Trabajadores*. Promulgado el 10 de marzo de 1980.

Poder Ejecutivo del Perú. (1984). *Decreto Legislativo N.º 295*. Promulgado el 14 de noviembre de 1984.

Poder Ejecutivo del Perú. (2008). *Decreto Legislativo N.º 1057, régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS)*. Promulgado el 28 de junio de 2008.

Poder Ejecutivo del Perú. (2018). *Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público*. Promulgado el 10 de febrero de 2018.

Jurisprudencia Nacional

- Corte Superior de Justicia de La Libertad. (2015). *Sentencia del expediente N.º 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, Uber Antonio Portilla Guarniz contra Proyecto Especial Chavimochic.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2015a). *Casación N.º 8347-2014-DEL SANTA, Carlos Humberto Simón Chávez contra la Corte Superior de Justicia del Santa y el Poder Judicial.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2015b). *Casación N.º 581-2015, Pablo Alberto Sánchez Barrera contra la Resolución N.º 47 del 10 de julio de 2015.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2015c). *Casación laboral recaída en el expediente N.º 12475-2014-Moquegua, Procurador Público Adjunto del Poder Judicial contra sentencia favorable a Darlyn Dennis Valencia Llamoca.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2016). *Casación N.º 4336-2015-ICA, Sergio Alejandro Rojas Vásquez contra la Corte Superior de Justicia de Ica y el Poder Judicial.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2019a). *Casación laboral N.º 21082-2017-CAJAMARCA, María Flor Ramírez Terrones contra la Autoridad Nacional del Agua.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2019b). *Casación laboral N.º 13696-2017-LIMA, Florencio Juan Calixto contra el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2019c). *Casación laboral N.º 12056-2018-DEL SANTA, Luis Brayan Cachi Rodríguez contra el Proyecto Especial Chinecas.*
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2021). *Casación N.º 11667-2018-SULLANA, Wuillian Castro Espinoza contra la Municipalidad Distrital de Miguel Checa.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2002). *Sentencia del expediente N.º 1124-2001-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL contra la Corte Superior de Justicia de Lima.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *Sentencia del expediente N.º 00976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco contra la Corte Superior de Huánuco.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *Sentencia del Expediente N.º 0024-2003-AI/TC.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2014). *Sentencia del expediente N.º 03014-2013-PA/TC, Leysli Cristina Calderón Porras contra la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2015a). *Sentencia del expediente N.º 03412-2012-PA/TC, Jean Martín Ramón Toledo Nava contra la Corte Superior de Justicia de Huaura.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2015b). *Sentencia del expediente N.º 05057-2013-PA/TC, Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra la Corte Superior de Justicia de Junín.*

- Tribunal Constitucional del Perú. (2016a). *Sentencia del expediente N.º 06129-2014-PA/TC, Jhuliana Saly Quilca Ramírez contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2016b). *Sentencia del expediente N.º 06681-2013-PA/TC, Richard Nilton Cruz Llanos contra la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2020). *Sentencia del expediente N.º 00011-2020-PI/TC.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2020). *Sentencia del expediente N.º 00029-2018-PI/TC.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2021). *Sentencia del expediente N.º 00013-2021-PI/TC.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022). *Sentencia del expediente N.º 00142-2021-PA/TC, Melisa Gabriel Luna Mendoza contra la Corte Superior de Justicia de Cusco.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022b). *Sentencia del expediente N.º 02748-2021-PA/TC, Jenny Marvila Meléndez Vega contra la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022c). *Pleno de sentencia recaída en el expediente N.º 02748-2021-PA/TC, Jenny Marvila Meléndez Vega contra Hospital I Víctor Lazo Peralta.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2023a). *Sentencia del expediente N.º 01271-2021-PA/TC, Angélica Ramona Bayona Callena de Baca contra la Corte Superior de Justicia de Sullana.*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2023b). *Sentencia del expediente N.º 00878-2022-PA/TC, Carlos Alberto Rivera Balazar contra la Corte Superior de Justicia de Huaura.*
- Jurisprudencia Internacional**
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014). *Auto del Asunto C-86/14, Marta León Medialdea contra el Ayuntamiento de Huétor Vega.*
- Tribunal Supremo de España. (1989). *Sentencia N.º 1247-1989, Juan Carlos contra sentencia dictada por la Magistratura de Mieres.*
- Tribunal Supremo de España. (1991). *Sentencia N.º 1875, Clemente contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.*
- Tribunal Supremo de España. (1996). *Sentencia N.º 7492, José Enrique y Antonio contra sentencia dictada en recurso de suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.*
- Tribunal Supremo de España. (1998). *Sentencia N.º 1138, María Luz contra la Consejería de Presidencia y Turismo del Gobierno de Canarias.*
- Tribunal Supremo de España. (2011). *Sentencia del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina N.º 1157/2011, de 28 de noviembre de 2011.*