

Peoy 6661

TRABAJO
CONSTITUCIÓN



"Año de la universalización de la salud"
"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

OFICIO N° 283-2020 –PR

Lima, 21 de diciembre de 2020

Señora
MIRTHA ESTHER VÁSQUEZ CHUQUILIN
Presidenta a.i. del Congreso de la República
Presente.-

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Ley que deroga los artículos 2, 3, 4, 13, la cuarta disposición complementaria final y la única disposición derogatoria del Decreto de Urgencia 016-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del sector público. Al respecto, estimamos conveniente observar la misma por lo siguiente:

Antecedentes y problemática derivada de la mala utilización de los procesos por reincorporaciones judiciales en el sector público

1. El acceso al servicio civil, indistintamente del régimen laboral (Decretos Legislativos Nos. 276, 728, 1057 o carreras especiales), se realiza necesariamente por concurso público de méritos en un régimen de igualdad de oportunidades, de acuerdo con los principios de mérito y la capacidad de las personas; con excepción de los puestos de confianza, conforme a los documentos de gestión interna de la entidad (Cuadro para Asignación de Personal – CAP, Manual de Organización y Funciones – MOF o Cuadro de Puestos de la entidad CPE), para los cuales no se exige dicho proceso de selección.

Dicha exigencia legal, de ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos, se encuentra prevista en las siguientes normas de carácter imperativo: i) artículo 5 de la Ley N° 28175¹, Ley Marco del Empleo Público; ii) artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023², Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil; y iii) literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 del Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020³.

¹ Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

"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."

² Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos

Título Preliminar

"Artículo IV.- El ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al principio del mérito."

³ Decreto de Urgencia N° 014-2019, Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020

"Artículo 8°.- Medidas en materia de personal

8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, n salvo en los supuestos siguientes:

(...)

c) La contratación para el reemplazo por cese, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o para el ascenso o promoción del personal, en tanto se implemente la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, este comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2018, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos. Las plazas vacantes para el reemplazo por cese del personal que no cuenten con el financiamiento correspondiente son eliminadas del Aplicativo Informático de la Planilla Única de Pago del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas."

El artículo 9 de la referida Ley Marco del Empleo Público sanciona con nulidad los actos administrativos que contravengan las normas de acceso al servicio civil, puesto que vulneran el interés general e impiden la existencia de una relación válida, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quienes los promuevan, ordenen o permitan.

Asimismo, el literal a) de la Tercera Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF⁴, dispone que, en materia de gestión de personal en la Administración Pública, el ingreso de personal solo se efectúa cuando se cuenta con la plaza presupuestada. Toda acción que transgreda esta disposición será nula de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario de la entidad que autorizó tal acto, así como de su titular.

2. Por otro lado, es de señalar que, a nivel jurisprudencial, con fecha 05 de junio del 2015, el Tribunal Constitucional publicó en el diario oficial El Peruano, la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC "Caso Huatuco", en la cual se estableció como **precedente vinculante** las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de dicha sentencia, la mismas que establecen expresamente lo siguiente:

"18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículo 27 y 22 de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo N° 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado." (Subrayado agregado)

"21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o reposición a la administración pública sólo procede cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional."

Al respecto, debe observarse que los fundamentos antes reseñados derivan de que el Tribunal Constitucional ha considerado que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto.

De este modo, el Tribunal Constitucional ha establecido que existen suficientes y justificadas razones para determinar como regla general que el ingreso a la Administración Pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente lo siguiente:

- a) La definición de una plaza o vacante de duración indeterminada.
- b) La necesidad de que dicha plaza esté debidamente presupuestada.

⁴ Disposición que mantiene aún su vigencia en virtud a lo señalado en Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1440, publicado el 16 septiembre 2018.

- c) La realización previa de un concurso público de méritos, para la cobertura de dicha plaza.
3. En el mismo sentido, en el Auto Aclaratorio del Precedente vinculante "Huatuco" con fecha 7 de julio de 2015 emitido por el mismo Tribunal Constitucional, citando el expediente N° 00002-2010-PI/TC, fundamento 30, se estableció que: "(...) **que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no solo la existencia de una plaza vacante, que debe encontrarse previamente presupuestada, sino además que no exista impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo para tal efecto**". En el punto resolutive 4 de dicho expediente se dispuso lo siguiente: "De conformidad con los artículos 81 y 82 del Código Procesal Constitucional, esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales". (Negrita agregada)

Por tanto, en el ámbito de la Administración Pública, el ingreso de nuevo personal o la reincorporación por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, solo podrá darse si se cumplen las condiciones señaladas anteriormente, en concordancia con el artículo 5 de la Ley Marco del Empleo Público, que privilegia la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional).

Cabe indicar que el precedente vinculante antes reseñado es de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, lo cual incluye a los procesos de amparo que se encontraban en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

En este último supuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado que en el caso de un proceso de amparo en el cual el accionante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización correspondiente.

Por otro lado, se señaló en la referida sentencia que las futuras demandas que sean presentadas con posterioridad a la publicación del precedente vinculante contenido en la misma serán declaradas improcedentes, siempre que en las mismas no se acredite el haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

4. Sin embargo, y pese al marco legal y jurisprudencial antes descrito, los distintos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial han venido ordenando la reincorporación de servidores bajo el régimen laboral de la carrera administrativa regulado por el D.L. N° 276 y a plazo indeterminado.

Dichos órganos jurisdiccionales no han tomado en cuenta en su valoración y análisis la existencia de reglas de acceso al empleo público previstas expresamente por la Ley, ni el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en el precedente Huatuco y su sentencia aclaratoria, en los cuales se establece expresamente que el acceso se produce mediante concurso público, razón por la cual, en la práctica, estos procesos de reincorporación vienen siendo empleados por los servidores para sortear dicha exigencia, en una flagrante lesión a los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad.

Esta situación ha ocasionado que, en muchas regiones, la planilla de las entidades públicas se haya visto gravemente afectada, pues pese a que estas no cuentan con la previsión presupuestal correspondiente para afrontar el pago de las remuneraciones y beneficios de estos servidores reincorporados a plazo indeterminado, debido al carácter

coercitivo de los mandatos judiciales y bajo el riesgo de incurrir en desacato, han tenido que recurrir a mecanismos inadecuados para cumplir con dichas reincorporaciones, como el contratar a los servidores bajo contratos CAS o nuevamente bajo locación de servicios y empleando para esos efectos recursos originalmente destinados para el cumplimiento de sus funciones y la prestación de servicios públicos a la ciudadanía, situación que podría devenir incluso en consecuencias de índole penal.

5. SERVIR, habiendo tomado conocimiento de este fenómeno, y con la intención de analizar a mayor profundidad y detalle el impacto de las reincorporaciones judiciales a nivel regional, solicitó a veinticuatro (24) gobiernos regionales información sobre la cantidad de servidores reincorporados con los que contaban, así como sobre la cantidad de procesos en trámite y la cantidad de locadores de servicios con los que contaban, entre otros⁵.

No obstante, no todas las entidades a las que se cursó oficio remitieron la información solicitada, mientras que, aquellas que lo hicieron, solo cumplieron parcialmente⁶, razón por la cual se realizó un estudio parcial que no permite contar con sumas exactas relativas al impacto económico generado.

Sin perjuicio de lo anterior, en la medida que sí fue recibida gran cantidad de sentencias judiciales de reincorporación de personal correspondiente a dichos gobiernos regionales, fue posible efectuar un análisis estadístico sobre los pronunciamientos judiciales estimatorios emitidos por los órganos jurisdiccionales de distintos niveles jerárquicos (primera instancia, salas superiores, Corte Suprema), así como un análisis respecto a los argumentos empleados en dichas sentencias.

Las conclusiones de dicho análisis fueron publicadas en el Informe "Análisis de Sentencias Judiciales que ordenan la reincorporación de servidores de los Gobiernos Regionales"⁷, el mismo que se encuentra disponible en la página web de SERVIR.

6. Dicho informe se elaboró a partir de un muestreo de 372 casos de reincorporación judicial correspondientes a los gobiernos regionales, presentándose la siguiente información:
 - **De las sentencias de Primera Instancia revisadas**
 - a. En 244 casos se declaró fundada la demanda en primera instancia, ordenándose la reposición de los demandantes.
 - b. En 79 casos se declaró infundada la demanda en primera instancia.
 - c. En 20 casos se declaró improcedente la demanda en primera instancia.
 - d. En 29 casos no se tiene información sobre el sentido de la sentencia de primera instancia.

⁵ Dicha solicitud fue efectivizada mediante Oficios N° 989 al 995-2019-SERVIR/PE y 997 al 1013-2019-SERVIR/PE, a través de los cuales se requirió la siguiente información:

- a) Copia de las sentencias consentidas y/o ejecutoriadas que declaran fundadas las demandas interpuestas contra el Gobierno Regional y que ordenan la reincorporación de servidores.
- b) Monto que se gasta por concepto de cumplimiento de sentencias judiciales (general).
- c) Monto que se gasta por concepto de cumplimiento de sentencias de reincorporación judicial de servidores (por desnaturalización de contrato de locación de servicios, invalidez de contratos administrativos de servicios, desnaturalización de contratos modales bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728, etc.).
- d) Cantidad de servidores que se encuentran laborando en condición de reincorporados judiciales por desnaturalización de contrato.
- e) Cantidad de procesos judiciales en trámite por desnaturalización de contratos de locación de servicios, contratos administrativos de servicios y contratos bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728.
- f) Cantidad de personas que a la fecha se encuentran laborando bajo la condición de locadores de servicios, funciones que realizan, así como el área en el que prestan servicio

⁶ Las únicas regiones que respondieron dentro del plazo concedido fueron: Piura, Loreto, Lambayeque, Tacna, Junín, Tumbes, Pasco, Cajamarca, Ucayali, Callao, Amazonas, Lima, Huánuco, Apurímac.

⁷ Disponible en: <https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/INFORME SOBRE REINCORPORACIONES JUDICIALES.pdf>

Muestreo de sentencias de primera instancia en casos de reincorporación



■ FUNDADA ■ INFUNDADA ■ IMPROCEDENTE ■ NO SE TIENE INFORMACIÓN

Fuente: SERVIR (2019). Análisis de las Sentencias Judiciales que ordenan la reincorporación de servidores de los gobiernos regionales

- **De las sentencias de Segunda Instancia revisadas**

- En 216 casos la Sala Superior confirmó (total o en parte) las sentencias que declaran fundada la demanda.
- En 22 casos la Sala Superior confirmó las sentencias que declaran infundada la demanda.
- En 16 casos la Sala Superior revocó las sentencias que declara fundada la demanda de reposición.
- En 56 casos la Sala Superior revocó la sentencia que declara infundada la demanda de reposición.

Muestro de sentencias de segunda instancia en casos de reincorporación



■ CONFIRMA SENTENCIA FUNDADA ■ CONFIRMA SENTENCIA INFUNDADA
■ REVOCA SENTENCIA INFUNDADA ■ REVOCA SENTENCIA FUNDADA

Fuente: SERVIR (2019). Análisis de las Sentencias Judiciales que ordenan la reincorporación de servidores de los gobiernos regionales

- **De las resoluciones de la Corte Suprema revisadas**

- En 9 casos se decide casar las sentencias de vista que revocaron la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda, y se dispone la reincorporación del demandante.
- En 4 casos se decide no casar las sentencias de vista que confirmaron la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda, por lo que se dispone la reincorporación del demandante.
- En 2 casos se decide casar la sentencia de vista que revoca la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda y reformándola la declara improcedente. No obstante, la Sala Suprema ordena la reposición.

Muestreo de resoluciones de Corte Suprema



- Casa la sentencia de vista y ordena reposición
- No casa sentencia de vista y ordena reposición
- Casa la sentencia de vista, pero ordena reposición

Fuente: SERVIR (2019). Análisis de las Sentencias Judiciales que ordenan la reincorporación de servidores de los gobiernos regionales

7. Así, pues, en el informe antes mencionado se concluyó lo siguiente: *“De la revisión de los criterios jurisprudenciales analizados, se advierte una tendencia de los órganos jurisdiccionales, tanto de primera instancia, como salas superiores, e incluso la Corte Suprema y el propio Tribunal Constitucional a amparar las demandas de reincorporación presentadas por personas vinculadas a las entidades mediante contratos por servicios personales, locación de servicios e incluso personal sujeto al régimen laboral del D.L. N° 1057 (CAS), todos bajo el régimen del D.L. N° 276.”*

Pese a la evidencia mostrada en el Informe antes mencionado, SERVIR, en irrestricto respeto a lo señalado en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, y aún en su condición de ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se encontraba impedido de promover políticas que induzcan a las entidades públicas a desconocer mandatos judiciales emitidos por las autoridades judiciales competentes, o que supongan trabas para su cumplimiento.

8. Sin perjuicio de ello, en aras de cautelar los principios que inspiran el servicio civil en el sector público, así como procurar lograr el orden en materia laboral dentro del Estado y teniendo en cuenta que SERVIR cuenta con la posibilidad de coadyuvar a que las entidades públicas ejerzan legítimamente la defensa de los intereses del Estado ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, a través del informe antes mencionado, se ofreció algunas pautas que las entidades podrían tener a bien considerar al momento de formular sus contestaciones de demandas, alegatos, apelaciones de sentencias, entre otros, frente a demandas de reincorporación judicial.

Es así que, atendiendo a la problemática expuesta, era urgente y necesario establecer reglas claras, predecibles, concretas y concordantes con el derecho de trabajo que reafirmaran los principios de acceso al servicio público y que permitieran prevenir los efectos negativos generados a las entidades públicas como consecuencia de la mala utilización de los procesos de reincorporación judicial, en aras de ordenar la gestión de los recursos humanos en el Estado.

9. Por ello, por decisión del Poder Ejecutivo, se optó por emitir una norma de carácter imperativo que-además de afianzar las reglas de acceso al empleo público-materializara el criterio vertido por el Tribunal Constitucional en el precedente Huatuco, despejando de esa manera cualquier duda respecto de su aplicación a todos los regímenes laborales que coexisten en el sector público, empleando para ello la facultad conferida por el artículo 135 de la Constitución Política del Perú.

Ello culminó con la emisión del Decreto de Urgencia N° 016-2020 que fue publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de enero de 2020.

Finalmente, no puede dejarse de lado que el Ministerio de Economía y Finanzas ha estimado que el impacto económico derivado de la mala utilización de los procesos judiciales de reposición podría implicar pagar más de 1,300 millones de soles anuales por concepto de estas reposiciones.

Finalidad y contenido del Decreto de Urgencia N° 016-2020

10. El Decreto de Urgencia N° 016-2020 tiene por objeto regular el ingreso de los servidores a las entidades del Sector Público y garantizar una correcta gestión y administración de la Planilla Única de Pago del Sector Público.

Dicha norma resalta la importancia del ingreso a las entidades del sector público a través de un concurso público, en estricto cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y complementarias que regulan la contratación de personal; reconociendo como única excepción la designación en cargos de confianza y de directivos superiores de libre designación y remoción, conforme a los documentos de gestión de la entidad, la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y demás normativa sobre la materia, según corresponda.

11. Adicionalmente, el Decreto de Urgencia N° 016-2020 establece medidas relacionadas con la planilla única del sector público y otras medidas que constituyen excepciones a las normas generales de presupuesto del sector público para el ejercicio fiscal 2020. Así, tenemos:

- a) La autorización al Ministerio de Economía y Finanzas para aprobar una escala de ingresos, de carácter transitorio hasta la implementación del régimen del servicio civil que debe efectuarse hasta el 31 de julio de 2021 para los trabajadores sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE.
- b) La exoneración del artículo 6⁸ y de la Octava Disposición Complementaria Final⁹ del Decreto de Urgencia N° 014-2019, que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020; y, de las prohibiciones contenidas en la Ley N° 28212, Ley que regula los ingresos de los altos funcionarios, autoridades del Estado y dicta otras medidas, con el fin de emitir el decreto supremo a que hace referencia el último párrafo del artículo 52 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil¹⁰, para los titulares del RENIEC y de la ONPE. Así

⁸ "Artículo 6. Ingresos del personal

Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, Ministerio Público; Jurado Nacional de Elecciones; Oficina Nacional de Procesos Electorales; Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; Contraloría General de la República; Junta Nacional de Justicia; Defensoría del Pueblo; Tribunal Constitucional; universidades públicas; y demás entidades y organismos que cuenten con un crédito presupuestario aprobado en el presente Decreto de Urgencia, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, beneficios, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, beneficios, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas".

⁹ "Octava. Para la emisión del decreto supremo a que hace referencia el último párrafo del artículo 52 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, la entidad respectiva debe contar con el Cuadro de Puestos de la Entidad - CPE aprobado. Para dicho efecto y para la aprobación del CPE, las entidades quedan exoneradas de lo establecido en los artículos 6 y 9 del presente Decreto de Urgencia y en lo establecido en las prohibiciones contenidas en la Ley N° 28212 y el Decreto de Urgencia N° 038-2006. Esta exoneración es aplicable únicamente a puestos pertenecientes al Servicio Civil"

¹⁰ "Artículo 52. Clasificación de los funcionarios públicos
(...)

- como también para las entidades públicas que iniciaron sus operaciones o funcionamiento a partir del año 2014.
- c) La autorización excepcional y por única vez, a las entidades del Poder Ejecutivo que cuenten con el Cuadro de Puestos de la Entidad aprobado hasta el 31 de diciembre de 2020, para abonar a sus servidores nombrados bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, la suma de dos (2) Unidades de Ingreso del Sector Público.
 - d) La exoneración a las entidades públicas que iniciaron sus operaciones o funcionamiento a partir del año 2014 de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. Para ello, se faculta al Poder Ejecutivo a regular el procedimiento simplificado que deben seguir las entidades públicas para transitar al nuevo régimen del servicio civil.
 - e) La prohibición de ingreso del personal al régimen del Decreto Legislativo N° 276, a excepción de la designación de funcionarios públicos, directivos públicos de libre designación o remoción o empleados de confianza durante el año 2020, en el marco de lo establecido en los artículos 6 (Ingreso de profesores del Ministerio de Defensa a la carrera pública magisterial de la Ley N° 29944) y 7 (Ingreso de docentes del Ministerio de Defensa a la carrera pública de docentes de la Ley N° 30512) del Decreto de Urgencia N° 016-2020.

De forma más específica, es de señalar que el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 016-2020 reafirma las reglas para el ingreso a las entidades del Sector Público (las cuales como ya se mencionó han sido recogidas por otras disposiciones legales imperativas), precisando que este se produce necesariamente por concurso público, salvo algunas excepciones como son la contratación de personal de confianza y directivos superiores de confianza, asimismo regula la contratación en programas y proyectos de especiales (ámbitos en los cuales se ha presentado muchos de los casos mencionados previamente).

12. Por su parte, el artículo 3 del citado decreto de urgencia, en consonancia con las reglas antes referidas, establece los supuestos y forma en la que procede la ejecución de la medida de reincorporación judicial, así como la medida de protección alternativa cuando no se esté frente a dichos supuestos. Dichas reglas consisten -concretamente- en lo siguiente:
- a) Los mandatos judiciales que ordenan la reposición, reincorporación o reconocimiento del vínculo laboral en entidades públicas deben verificar previamente que: (i) el demandante haya superado un concurso público de méritos, (ii) exista una plaza vacante, presupuestada y que sea de duración indeterminada, (iii) el régimen laboral respecto del cual se pronuncie el mandato judicial sea el mismo que corresponde a la entidad demandada.
 - b) De no comprobarse el cumplimiento de los supuestos detallados anteriormente se opta por la indemnización. El monto de esta indemnización equivale a una compensación económica y media mensual o una remuneración y media mensual, por cada año completo de prestación de servicios, según corresponda al régimen laboral al que pertenezca hasta un tope de doce (12) compensaciones económicas o remuneraciones mensuales.
 - c) No puede solicitarse conjuntamente, sea en sede administrativa y/o judicial, la reposición, reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral y la

La Compensación Económica para los funcionarios señalados en el presente artículo se aprueba mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, excepto para los congresistas de la República y los parlamentarios andinos cuyos ingresos son fijados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política del Perú y el artículo 31 de la presente Ley".

indemnización, debido a que se trata de pretensiones alternativas y excluyentes entre sí.

13. El artículo 4 del decreto de urgencia establece la prohibición de contratación bajo el régimen laboral del D.L. N° 276, estableciendo que las necesidades de personal sean cubiertas bajo el régimen del D.L. N° 1057 (CAS), siendo la única excepción a dicha prohibición la designación de funcionarios públicos, directivos públicos de libre designación o remoción o empleados de confianza, y durante el año 2020 para efectos de la contratación de docentes sujetos a la Ley N° 29944 y Ley N° 30512 en el Ministerio de Defensa.
14. El artículo 13 del decreto de urgencia regula la competencia de la Dirección General de Gestión Fiscal de Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas respecto de los ingresos correspondientes a los Recursos Humanos del Sector Público, precisando la definición de los elementos incluidos en dicha gestión fiscal, tales como: los ingresos de personal, gastos por encargo, pensiones y reconocimientos estatales.

Así, para una adecuada ejecución del Decreto Legislativo N° 1442, se establecen precisiones necesarias para la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, como mecanismo para fortalecer el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.

En consecuencia, su derogación crea un "vacío normativo" sobre la regulación de los ingresos de personal, gastos por encargo, pensiones y reconocimientos estatales de los servidores del Sector Público, como aspectos conceptuales que fortalecen la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos.

Además, el Decreto de Urgencia N° 016-2020 promueve la negociación colectiva y se integra con lo regulado por el Decreto de Urgencia N° 014-2020, Decreto de Urgencia que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el Sector Público, al establecer que un Ingreso de Personal puede otorgarse mediante convenio colectivo o laudo arbitral, conforme a la parte final del literal a) del inciso 1 del numeral 13 del artículo 13 del Decreto de Urgencia N° 016-2020, situación que no contiene otra disposición legal.

En ese aspecto, desde el ámbito de la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, que se integra en el subsistema de compensaciones del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, así como a la Administración Financiera del Sector Público, el Congreso de la República, retira del ordenamiento jurídico una disposición legal que promueve la negociación colectiva.

15. La Cuarta Disposición Complementaria Final del decreto de urgencia establece la aplicación inmediata de lo previsto en los artículos 2, 3 y 4 para todos los procedimientos y procesos en trámite.

En materia de aplicación temporal de normas en nuestro ordenamiento jurídico rige la teoría de los hechos cumplidos.

La aplicación inmediata de una norma es la que se hace a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas mientras tenga validez, esto es, desde que entra en vigor hasta que es derogada o modificada.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 6 de la sentencia emitida en el Expediente N° 00228-2009-PA/TC, precisa que la aplicación de las normas procesales se rige por el principio "*tempus regit actum*", esto es, que la norma procesal incorporada al ordenamiento jurídico, y salvo mención expresa en contrario, ingresa a regular toda situación jurídica al interior del proceso, en el estado en que este se encuentre.

16. La Única Disposición Derogatoria dispuso la derogación de la Ley 24041, norma en virtud de la cual aquellos servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él.

Además, en relación al artículo 1 de la Ley N° 24041, resulta pertinente señalar que en la Casación N° 1308-2016-DEL SANTA, se estableció como precedente judicial vinculante, *“que dicha norma no otorga en lo absoluto estabilidad laboral, ni viene a significar el ingreso de los accionantes a la carrera administrativa (ya que para que ello ocurra es inexorable el haber participado en un concurso público de méritos), pues amparar una demanda, en casos que se acredite que el demandante se encuentra bajo sus alcances, únicamente implica otorgarle el derecho a continuar siendo contratado bajo la misma modalidad en que venía laborando en dicha plaza o en una de igual o similar naturaleza”* [SIC].

De otro lado, mediante el literal n) del numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 27.2 del artículo 27 del Decreto de Urgencia N° 014-2019, se establecieron disposiciones para el proceso de nombramiento de hasta el veinte por ciento (20%) de los profesionales de la salud y de los técnicos y auxiliares asistenciales de la salud del Ministerio de Salud, sus organismos públicos y las unidades ejecutoras de salud de los Gobiernos Regionales y las Comunidades Locales de Administración en Salud (CLAS), a los que se refiere la Ley N° 30957; sin embargo, el artículo 14 del Decreto de Urgencia N° 016-2020, mejoró aspectos cuantitativos del proceso de nombramiento, al considerar que el nombramiento es hasta el 40%, siendo que el literal n) del numeral 8.1 del artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 014-2020 (que la Única Disposición Derogatoria del Decreto de Urgencia N° 016-2020 derogó), solo estableció un 20%. En ese sentido, es lógico que si la nueva disposición establece una mejor situación, la anterior tiene que derogarse. De no haberse derogado dicha disposición, nos encontraríamos antes dos disposiciones que regulan la misma materia, pero con enunciados distintos.

La Ley N° 24041 y el literal n) del numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 27.2 del artículo 27 del Decreto de Urgencia N° 014-2019, se derogaron por declaración expresa de la Única Disposición Derogatoria del Decreto de Urgencia N° 016-2020. En ese sentido, conforme establece el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil (aplicable a todo tipo de cuerpos normativos)¹¹, la ley se deroga sólo por otra ley; asimismo, se establece que por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

Consecuentemente, disponer la *“restitución”* de la Ley N° 24041, y el literal n) del numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 27.2 del artículo 27 del Decreto de Urgencia N° 014-2019, derogadas expresamente, *“resulta jurídicamente imposible”* conforme lo señala el TC en el fundamento 59 de la sentencia emitida en el Expediente N° 00026-2014-PI/TC, que señala:

“59. Así, resulta jurídicamente imposible que mediante la derogatoria de una ley recobren vigencia las disposiciones legales por ella derogadas y, por lo tanto, corresponde declarar improcedente este extremo de la demanda”

Como se puede apreciar, conforme a lo señalado el máximo intérprete de la Constitución y el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, la **reviviscencia normativa**, que pretende la autógrafa de Ley, es este supuesto que no está permitido en el ordenamiento jurídico desde que expresamente se indica que por la derogación

¹¹ El Título Preliminar del Código Civil ocupa un lugar preponderante dentro del sistema jurídico como conjunto, dictando normas de alcance general que van más allá del derecho privado. Esta preeminencia debe ser respetada por las demás leyes de la República, con la finalidad de impedir alteraciones que quiten coherencias y equidad al conjunto de normas legisladas. Marcial Rubio Correa (2008). El título preliminar del Código Civil, p. 17.

de una ley no recobran vigencia las leyes que ella hubiere derogado; esto tiene su sustento en el principio de seguridad jurídica.

Sobre la constitucionalidad formal y material del Decreto de Urgencia N° 016-2020

17. En principio, dada que la inconstitucionalidad formal del Decreto de Urgencia N° 016-2020 fue el principal argumento alegado tanto por la Comisión de Constitución y Reglamento como por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, es oportuno realizar algunas precisiones al respecto.

Los dictámenes de las comisiones antes citadas concluyen equivocadamente que el Decreto de Urgencia N° 016-2020 no habría cumplido con los requisitos previstos en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú y habría vulnerado los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional para la emisión de decretos de urgencia por parte del Poder Ejecutivo.

Sobre el particular, en principio, es pertinente señalar que el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política establece lo siguiente:

Atribuciones del Presidente de la República

Artículo 118.- *Corresponde al Presidente de la República:*

(...)

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

18. Asimismo, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001¹²), ha establecido cuáles son los criterios que deben tomarse en cuenta para la emisión de los decretos de urgencia emitidos al amparo del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, señalando expresamente lo siguiente:

60. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que, aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes criterios:

- a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que "en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma" (STC N.° 29/1982, F.J. N.° 3).*

¹² Decreto de Urgencia que suspende la importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3,000 kilogramos y de motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor.

- b) *Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.*
- c) *Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.*
- d) *Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.*
- e) *Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él "cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad" (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).*

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

19. No obstante, es de suma relevancia entender que el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes reseñada gira en torno a un decreto de urgencia "común y corriente" emitido al amparo del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, norma que regula los decretos de urgencia emitidos en un contexto en el cual, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, se encuentran en plenas funciones. Es precisamente por dicha razón que, en atención al principio de separación de poderes y el respeto de las competencias constitucionalmente asignadas a cada uno de ellos, el primer criterio previsto por el Tribunal Constitucional para la emisión de estos decretos de urgencia es el de excepcionalidad, el cual supone -como lo precisa el propio Tribunal- observar que el primer llamado a verificar la pertinencia, necesidad y urgencia para la emisión de una norma sea el Poder Legislativo (Congreso), algo que no podría ocurrir si el Congreso no se encontrara en plenas funciones (como ocurre durante el interregno parlamentario).

En esa misma línea, debe recordarse que los decretos de urgencia regulados por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución solo pueden ser emitidos "en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso". A partir de ello, se puede apreciar que esta norma constitucional reafirma el carácter de excepcionalidad y necesidad de este tipo de decretos de

urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo delimitando por tanto las materias sobre las cuales puede legislar a través de estas normas.

Sin embargo, debe advertirse que esta norma presupone un contexto en que tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo se encuentran en plenas funciones, y en el cual, por tanto, debe garantizarse el respeto de las competencias exclusivas asignadas constitucionalmente a cada uno de ellos, evitando de esa manera una invasión en la labor legislativa del Congreso por parte del Poder Ejecutivo.

20. Situación distinta es el caso de los Decretos Urgencia emitidos al amparo del artículo 135 de la Constitución, pues -a diferencia de los analizados previamente-, esta norma parte del supuesto de la inexistencia de un Poder Legislativo en plenas funciones como consecuencia de la disolución del Congreso regulada en el artículo 134 de la Constitución¹³, situación en la cual, la propia norma constitucional indica expresamente lo siguiente:

“(…)

Artículo 135.- *Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario.*

En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.”

21. Así, pues, la norma antes citada otorga al Poder Ejecutivo la facultad/obligación de asumir la labor legislativa del Congreso de la República disuelto durante el interregno parlamentario y hasta la instalación del nuevo Congreso, no habiendo establecido limitaciones en cuanto a las materias sobre las que se puede legislar, ni ha precisado criterios a tomarse en cuenta para la emisión de los decretos de urgencia (como sí lo hace en el caso de los decretos de urgencia regulados por el inciso 19 del artículo 118 antes citado), situación que resulta congruente con la finalidad de estos instrumentos normativos, ya que los mismos serán empleados por el Poder Ejecutivo para asumir temporalmente, y de forma general, la función legislativa del Congreso, el cual se encuentra impedido de legislar (pues conforme al tercer párrafo del artículo 134 de la Constitución, luego de la disolución solo se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no tiene facultades legislativas).

Siendo ello así, resulta más claro por qué los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC resultan aplicables únicamente a los decretos de urgencia regulados por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución y no así a aquellos regulados por el artículo 135 (emitidos durante el interregno parlamentario), pues de la revisión de dichos criterios -contenidos en el fundamento 60 de dicha sentencia- se aprecia que los mismos han sido desarrollados a partir de las limitaciones por razón de la materia e interés previstas en el propio inciso 19 del artículo 118, las cuales -como ya se precisó líneas más arriba- responden a la intención de prevenir la invasión de competencias, garantizando así el respeto al

¹³ Constitución Política del Perú

Artículo 134.- Disolución del Congreso

El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente. No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario. Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.

principio de separación de poderes entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, bajo el supuesto de que ambos se encuentren en pleno ejercicio de sus funciones.

Por consiguiente, dichos criterios no podrían aplicar a los decretos de urgencia emitidos en el marco del interregno parlamentario y al amparo del artículo 135 de la Constitución Política, dado que la propia norma constitucional traslada temporalmente la competencia de legislar al Poder Ejecutivo hasta la instalación del nuevo Congreso.

22. El Decreto de Urgencia N° 016-2020 fue emitido precisamente en el contexto del interregno parlamentario, esto es, durante un periodo en que el Congreso de la República no se encontraba en plenas funciones por haber sido disuelto, aplicando para esos efectos la facultad/obligación conferida a través del artículo 135 de la Constitución Política del Estado, el mismo que establece expresamente que ***“En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, (...)”*** (negrita agregada).

Siendo ello así, las limitaciones previstas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, así como los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC), no resultaban aplicables al Decreto de Urgencia N° 016-2020, razón por la cual la inconstitucionalidad formal alegada por el Congreso de la República para justificar su derogación no existe.

23. En efecto, el Decreto de Urgencia N° 016-2020, se expide al amparo del artículo 135 de la Constitución Política del Perú, que, durante el interregno parlamentario por la disolución del Congreso de la República, faculta al Poder Ejecutivo para legislar mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale. En consecuencia, se cumple con el supuesto habilitante para su emisión.

Así, la fuente normativa que permite al Poder Ejecutivo legislar mediante decretos de urgencia, se encuentra en el artículo 135 de la Constitución Política del Perú y no se relaciona (salvo en su denominación) a lo regulado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, previsto para una situación de normalidad constitucional.

Conforme a lo señalado, el supuesto habilitante, se encuentra en la Constitución Política del Perú, que regula el interregno parlamentario, como una situación temporal en cuanto a su duración (hasta la elección del nuevo Congreso), que no incide en el carácter transitorio o permanente de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo, mediante la emisión del decreto de urgencia.

24. En ese sentido, sobre la materia regulada por un decreto de urgencia, que a su vez se vincula o relaciona a su temporalidad o vigencia, emitido al amparo del artículo 135 de la Constitución Política del Perú, durante el interregno parlamentario, no se limita a la económica y financiera, conforme a lo siguiente:

César Landa Arroyo¹⁴, señala que: “... el Poder Ejecutivo está facultado para gobernar durante la disolución del Congreso mediante decretos de urgencia, sustituyendo la potestad legislativa del Congreso de la República para todos los efectos que demande la expedición de una norma de rango legal...”. [SIC]

Edgar Carpio Marcos¹⁵, señala que: “...durante el lapso que no existe Congreso, el Ejecutivo podría legislar mediante decretos de urgencia cualquier tipo de materia para lo cual es competente la ley ordinaria. En ese sentido, el significado del segundo párrafo del artículo 135 es el de haber previsto un supuesto de excepción a la regla general”

¹⁴ Landa Arroyo, César. Informe presentado al Ministerio de Economía y Finanzas, p. 11, (HR 157096-2019).

¹⁵ Carpio Marcos, E. En: La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tomo II. Gaceta Jurídica SA. Primera edición. 2005, p. 455

contenida en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, fundado en un estado de necesidad. Y es que, si ese no fuera el sentido, tendría que entenderse que dicho segundo párrafo del artículo 135 fuese redundante, es decir, que autorizase al Ejecutivo para dictar decretos de urgencia que ya antes, en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, se había autorizadoll. [SIC]

Asimismo, el referido autor¹⁶, señala lo siguiente:

-...en la autorización que la Constitución confiere al Ejecutivo de legislar, en un contexto de interregno parlamentario, mediante decretos de urgencia, sin que su expedición esté sujeta a los límites previstos en el inciso 19 del artículo 118 en el caso del segundo párrafo del artículo 135 de la Constitución, la autorización es a legislar durante el interregno parlamentario y mientras dure este; es decir, a encargarle, provisionalmente, el ejercicio de la función legislativa, con todas las consecuencias que de ello se puedan derivar.

Nada de lo anterior debe entenderse en el sentido de que la facultad de legislar del Ejecutivo mediante decretos de urgencia pueda considerarse de modo ilimitado. El telos que subyace para hacer uso de esta competencia —impedir la paralización de las actividades del Estado— tiene la virtualidad de condicionar su contenido material, el cual ha de estar orientado, estrictamente, a evitar que la marcha normal del Estado colapse en cualquiera de sus ámbitos y, por tanto, con independencia de si las medidas adoptadas versen o no sobre materias económica o financiera, como exige el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución para situaciones de normalidad constitucional. [SIC]

25. En relación a los requisitos formales¹⁷ (previos y posteriores a su promulgación), cumple con el requisito **ex ante**, al contar con la aprobación del Consejo de Ministros y el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123 e inciso 2 del artículo 125 de la Constitución Política del Perú); y, el requisito **ex post**, al darse cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al nuevo Congreso, una vez que éste se instale (artículo 135 de la Constitución Política del Perú). En consecuencia, se cumple con los parámetros de control formal y de control político.
26. En lo que se refiere al control jurisdiccional posterior, en relación al Decreto de Urgencia N° 016-2020, en el Expediente 00008-2020-AI/TC, se viene desarrollando ante el Tribunal Constitucional (TC) el proceso de inconstitucionalidad incoado en atención a la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao.

Conforme al principio de presunción de la constitucionalidad, se presume que una disposición legal se encuentra de conformidad con la Constitución Política del Perú, hasta que el TC en ejercicio de la jurisdicción constitucional no se pronuncie, declarándola inconstitucional. Así, el TC señala que por el principio de presunción de la constitucionalidad: *-se presume que está y las demás normas dictadas por el Estado se toman por constitucionales, salvo prueba en contrario.*¹⁸ [SIC]

¹⁶ Carpio Marcos, Edgar. Artículo publicado en La Ley. Recuperado en: <https://laley.pe/art/8668/limites-materiales-de-la-legislacion-de-urgencia-durante-el-interregno-parlamentario> Revisado el: 01.12.2020

¹⁷ Liu Arévalo, Rocio. Artículo publicado en Enfoque Derecho. Recuperado en: <https://www.enfoquederecho.com/2019/10/08/disuelto-el-congreso-se-pueden-dictar-normas-tributarias-mediante-decretos-de-urgencia-durante-el-interregno-parlamentario/> Revisado el: 01.12.2020

¹⁸ Véase el Fundamento Jurídico 2 de la STC emitida en el Expediente N° 03556-2003-HC/TC.

Constitucionalidad material de los artículos derogados del Decreto de Urgencia N° 016-2020.

27. En principio, es pertinente recordar que el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, norma que pertenece al Capítulo IV dedicado a la regulación de la función pública ha establecido expresamente que: **“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.”**

Así, pues, se puede apreciar que la propia Constitución Política ha reconocido la necesidad de que el ingreso al empleo público sea regulado de forma específica a través de la Ley, a partir de lo cual se hace clara la vocación de la carta magna de establecer un tratamiento diferenciado sobre las reglas para acceder a prestar servicios en las entidades del sector público, distinguiéndolas de aquellas que rigen las relaciones laborales en el sector privado.

En ese sentido, en cumplimiento de dicho mandato constitucional, las reglas para el acceso al empleo público han sido previstas expresamente en diversos instrumentos normativos con rango legal, como lo son: i) el artículo 5 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público; ii) el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil; y iii) el literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 del Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, siendo que todas estas normas coinciden en que el acceso al sector público debe efectuarse respetando los principios de mérito, capacidad, e igualdad de oportunidades, y todo ello en el marco de un concurso público.

Teniendo presente ello, se aprecia que el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 016-2020 constituye una ratificación de las reglas de acceso contenidas en las normas antes mencionadas, estableciendo adicionalmente que en el caso de los programas y proyectos especiales la contratación de servidores debe sujetarse a un período máximo de vigencia, situación que resulta coherente precisamente con la propia naturaleza temporal de dichas entidades.

28. Por otra parte, en irrestricto respeto a las reglas de acceso al servicio civil reguladas en la ley, así como de los requisitos aplicables para la reincorporación en el sector público desarrollados por Tribunal Constitucional en el Precedente Huatuco, el artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 016-2020 ha precisado expresamente los requisitos y la forma en la que procede la ejecución de la medida de reincorporación judicial en las entidades públicas, así como la medida de protección alternativa que corresponde cuando no se cumplan dichos requisitos.

Cabe indicar que dicho artículo de ninguna manera vulnera el derecho de los trabajadores, puesto que si bien impide la reincorporación en los casos que no se cumplen los presupuestos regulados por este¹⁹, lo cierto es que no deja desprotegido al servidor, puesto que dispone el pago de una indemnización.

¹⁹ Artículo 3. Ingreso por mandato judicial a las entidades del Sector Público

3.1 Los mandatos judiciales que ordenen la reposición, la reincorporación o el reconocimiento de vínculo laboral en entidades del Sector Público comprendidas en el inciso 1 del numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1442, con independencia del régimen laboral al que se refiera la demanda, el motivo de la desvinculación del demandante o la forma en la que esta se haya realizado, deben observar, bajo responsabilidad, las siguientes reglas:

"1. Sólo puede efectuarse en la entidad del Sector Público que fue parte demandada en el proceso judicial.

2. Sólo procede en una plaza a tiempo indeterminado cuando la persona haya ingresado por concurso público en una plaza presupuestada, de naturaleza permanente y vacante, de duración indeterminada; y, se trate del mismo régimen laboral en el cual fue contratada.

En este punto, es importante resaltar que ni la Constitución Política del Perú, ni los tratados internacionales, incluidos los suscritos en la OIT, reconocen expresamente un "derecho a la reposición", sino que más bien garantizan la existencia de una adecuada protección frente al despido arbitrario, pudiendo ser esta de carácter restitutoria (reposición) o restitutiva (indemnización).

Siendo ello así, se aprecia que, en el presente caso, dada la existencia de reglas de carácter imperativo aplicables al acceso al empleo público (las cuales no existen para el sector privado), y en aras de garantizar tanto el derecho de los trabajadores, como la finalidad que justifica la existencia de requisitos para el ingreso a la administración pública (garantizar la idoneidad del personal que accede al empleo público en el marco de la igualdad de oportunidades), se ha optado por un mecanismo de protección de eficacia restitutiva (a través del otorgamiento de una indemnización), lo cual resulta absolutamente válido y no vulnera precepto constitucional, convencional, ni legal alguno.

De igual forma, debe tenerse presente que el artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece expresamente que: "*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos **con arreglo a la Constitución y a las leyes.***" (negrita agregada). Por lo tanto, los jueces, en el desempeño de su función jurisdiccional, se encuentran obligados a actuar respetando las normas de carácter imperativas contenidas en la Constitución y la ley.

Siendo ello así, argumentar que la previsión legal de reglas aplicables a los casos de reincorporación judicial contenida en el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 016-2020 configura una lesión a la independencia de las decisiones judiciales o una restricción del criterio jurisdiccional de los jueces carece de todo fundamento, máxime cuanto esta no incide de ninguna forma en la formulación del criterio del Juez para la estimación o desestimación de la demanda, sino que únicamente establece el tipo de mecanismo de protección que corresponde aplicar sobre la base del cumplimiento objetivo de una serie de requisitos.

29. Por otra parte, al artículo 4 -que establece la prohibición de contratación bajo el régimen laboral del D.L. N° 276- no es sino un escalón natural en el marco del proceso gradual de tránsito al nuevo régimen del servicio civil, siendo que ya en las propias leyes anuales de presupuesto se ha venido estableciendo restricciones para la contratación bajo dicho régimen laboral.

Incluso, este mismo artículo también ha establecido excepciones en su aplicación, como es la designación de funcionarios públicos, directivos públicos de libre designación o remoción o empleados de confianza durante el año 2020, para efectos de la contratación de las servidoras públicas o servidores públicos en el marco de lo establecido en los artículos 6 y 7 del referido Decreto de Urgencia N° 016-2020 (contratación de profesores y docentes para el Ministerio de Defensa en el marco de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, y la Ley N° 30512, Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior y de la Carrera Pública de sus Docentes).

30. Finalmente, en relación con la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto de Urgencia N° 016-2020, bajo todo lo expuesto hasta este punto, la derogatoria de la Ley N° 24041 resulta lógica y razonable, ya que, además de significar

3. Para el caso de reconocimiento de vínculo laboral dispuesto por sentencia judicial, el demandante debe ser incorporado al régimen laboral vigente que corresponda a la Entidad. El cambio de régimen laboral únicamente procede mediante un nuevo concurso público.

3.2 Para dictar una medida cautelar, además de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos para su interposición en la normatividad vigente, debe cumplirse lo establecido en el numeral 3.1 del presente artículo.

un avance para la implementación del nuevo régimen del servicio civil, debe tenerse en cuenta que dicha norma es precisamente la que ha venido permitiendo la mala utilización de los procesos judiciales de reincorporación laboral, propiciando que los servidores sean repuestos en las entidades bajo el régimen laboral del D.L. N° 276 a tiempo indeterminado, sin observar que el ingreso a las entidades del Sector Público se realiza a través de un concurso público de méritos.

Por lo expuesto, resulta resulta viable concluir que los artículos 2, 3 y 4, así como la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto de Urgencia N° 016-2020 han sido emitidos en el marco de los parámetros establecidos por la Constitución Política del Perú y los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, en materia de reposición o reincorporación de servidores al sector público.

Alcances y efectos de la derogación de ciertos artículos del Decreto de Urgencia N° 016-2020

31. Tal como se ha expuesto, la grave circunstancia que dio mérito a la emisión del Decreto de Urgencia N° 016-2020 radica en el impacto negativo que viene teniendo la ejecución de sendas resoluciones judiciales que ordenan la reincorporación de trabajadores en las entidades del sector público bajo el régimen de la carrera administrativa y a plazo indeterminado, transgrediendo los principios de mérito e igualdad de oportunidades, sorteando la exigencia de concurso público. Esto es así debido a que estas reincorporaciones obligan a las entidades a asumir la contratación de personal sin tener tal necesidad, afectando su presupuesto y llevándolas a una situación de crisis financiera, así como desordenando la administración de sus recursos humanos.

Los artículos 2, 3, 4, así como la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto de Urgencia N° 016-2020 tienen por objeto precisamente prevenir la situación antes mencionada, estableciendo reglas claras aplicables a las demandas de reincorporación judicial, procurando garantizar de esa manera la estabilidad financiera de las entidades a través del respeto de los principios de provisión presupuestaria y equilibrio presupuestal, así como asegurar el respeto de las reglas de acceso al empleo público, sin desproteger el derecho de los trabajadores.

Todo ello con el objetivo de evitar se siga generando desorden en la gestión de los recursos humanos del sector público, derivado de la duplicidad de funciones y la existencia de personal no necesario que genera un gasto adicional a la entidad, volviéndola menos eficiente.

32. No obstante, con la pretendida derogatoria de los artículos del Decreto de Urgencia N° 016-2020, se estaría propiciando que se continúe empleando el aparato judicial para lograr el acceso al servicio público sorteando indebidamente las reglas de acceso, generándose no solo un perjuicio económico a las entidades (las cuales, como ya se ha mencionado, han llegado en algunos casos a una situación de quiebra) sino también un perjuicio a los propios ciudadanos receptores de los servicios públicos, al ser estos brindados de forma ineficiente.

Asimismo, la ejecución de estas medidas de reincorporación judicial en los casos que no correspondería de acuerdo al Decreto de Urgencia N° 016-2020 rompe la noción de la carrera administrativa en el Estado y contribuye al desorden en la gestión de las planillas de las entidades públicas, socavando los esfuerzos del Poder Ejecutivo para solucionar dicha situación, a fin de sincerar y transparentar la gestión de recursos humanos en el Estado.

Por las razones expuestas, se observa la Autógrafo de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,



FRANCISCO RAFAEL SAGASTI
HOCHHAUSLER
Presidente de la República



VIOLETA BERMÚDEZ VALDIVIA
Presidenta del Consejo de Ministros

Proyectos de Ley 06661/2020-CR,

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 22 de diciembre de 2020

Pase a las Comisiones de Trabajo y Seguridad Social; y de Constitución y Reglamento, con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.



.....
YON JAVIER PÉREZ PAREDES
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE DEROGA LOS ARTÍCULOS 2, 3, 4, 13, LA CUARTA
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL Y LA ÚNICA DISPOSICIÓN
DEROGATORIA DEL DECRETO DE URGENCIA 016-2020, DECRETO DE
URGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EN MATERIA DE LOS
RECURSOS HUMANOS DEL SECTOR PÚBLICO**



Artículo único. Derogación de los artículos 2, 3, 4, 13, la cuarta disposición complementaria final y la única disposición derogatoria del Decreto de Urgencia 016-2020, decreto de urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del sector público



Deróganse los artículos 2, 3, 4, 13, la cuarta disposición complementaria final y la única disposición derogatoria del Decreto de Urgencia 016-2020, decreto de urgencia que establece medidas en materia de los recursos humanos del sector público.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Restitución de normas derogadas



Restitúyese la Ley 24041, Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, así como el literal n) del numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 27.2 del artículo 27 del Decreto de Urgencia 014-2019, decreto de urgencia que aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2020.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintinueve días del mes de noviembre de dos mil veinte.

MIRTHA ESTHER VASQUEZ CHUQUILIN
Presidenta a. i. del Congreso de la República



LUIS ANDRÉS ROEL ALVA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

