



Paul Paredes Palacios<sup>(\*)</sup>

## El Tribunal de Servicio Civil enfrentado a la necesidad de regulación de la vía previa, los precedentes del Tribunal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

El presente artículo analiza las implicancias de la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497) en la competencia del Tribunal del Servicio Civil para conocer los asuntos derivados de la prestación personal de servicios de los trabajadores de la Administración Pública sujetos, unos, al régimen laboral de la actividad privada (TUO del Decreto Legislativo 728) y otros, al régimen especial de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo 1057). Aquí se concluye que, en ambos casos, corresponde acudir directamente al Poder Judicial sin que sea necesario agotar previamente la vía administrativa.

### Introducción

En agosto de 2010, el Tribunal del Servicio Civil (en adelante, TSC) publicó en el diario oficial tres precedentes administrativos de observancia obligatoria<sup>(1)</sup>. Uno de ellos –el segundo- precisó la competencia del TSC para conocer los despidos, de los trabajadores de las entidades públicas, sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

El fundamento utilizado para este reclamo de competencia consiste en sostener que la facultad disciplinaria del Estado no deja de tener naturaleza administrativa y, por tanto, es regulada por normas de derecho administrativo<sup>(2)</sup> con independencia del régimen aplicable (público o privado). A decir del TSC esto es así porque el Decreto Legislativo 1023 no sólo regula su competencia sino que *“está transformado de laboral a administrativa, por mandato de una norma con rango de ley, la naturaleza de las sanciones disciplinarias y el despido en el régimen laboral privado cuando el empleador es una entidad estatal bajo el ámbito del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos”*<sup>(3)</sup>.

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ESAN y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

(1) Publicados en El Peruano el 17 de agosto de 2010. Resolución de Sala Plena 001-2010-SERVIR/TSC sobre adecuación de las instancias administrativas de las entidades del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos a la competencia del TSC. Resolución de Sala Plena 002-2010-SERVIR/TSC sobre competencia del TSC para evaluar el despido del régimen laboral de la actividad privada. Resolución de Sala Plena 003-2010-SERVIR/TSC sobre aplicación del principio de inmediatez.

(2) Véase el fundamento 6 de la Resolución de Sala Plena 002-2010- SERVIR/TSC.

(3) Fundamento 17 de la Resolución de Sala Plena 002-2010- SERVIR/TSC.

## El Tribunal de Servicio Civil enfrentado a la necesidad de regulación de la vía previa, los precedentes del Tribunal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

En el presente artículo discutiré la viabilidad de la competencia reclamada por el TSC en el caso de los trabajadores de las entidades públicas sujetos al régimen laboral privado, en atención a cuatro argumentos: el carácter laboral de los regímenes aplicables a los servidores de las entidades públicas recogido en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), la necesidad de regulación de la vía previa administrativa, los precedentes y la jurisprudencia del TC sobre las vías procedimentales y la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Adicionalmente analizo, en el marco de la competencia del TSC, la situación de los trabajadores sujetos al régimen de contratación administrativa de servicios (CAS).

Finalmente, dejo anotadas las siguientes preguntas de índole formal: ¿En dónde reside la atribución del TSC para reglamentar las leyes? ¿Son los llamados *precedentes vinculantes* el resultado de un caso concreto resuelto por el TSC, o son la toma de posición de sus miembros sobre tres puntos que les son de interés?

### La función del Tribunal del Servicio Civil

La función del TSC es resolver en segunda (y última) instancia administrativa, las construcciones individuales surgidas entre una entidad pública y la persona que le presta sus servicios, en las materias de acceso al servicio civil, pago de retribución, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo, al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos<sup>(4)</sup>.

Esta competencia resolutoria del TSC comprende a los regímenes de carrera y formas de contratación de servicios de personal utilizados por las entidades públicas. Se excluye a los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas, Policía

Nacional del Perú, Servicio Diplomático, Carrera Judicial y la correspondiente al Ministerio Público<sup>(5)</sup>.

El TSC en su Resolución de Sala Plena 002-2010-SERVIR/TSC ha insistido sobre este criterio. En el fundamento 18 de dicha resolución ha señalado: "(...) el pleno del Tribunal del Servicio Civil se considera competente para admitir y resolver las apelaciones sobre las cinco materias a que alude al artículo 17 del Decreto Legislativo 1023, siempre que versen sobre regímenes bajo al ámbito del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos".

Con esta decisión lo que el TSC quiere subrayar es que él es competente para conocer en segunda instancia administrativa, vía apelación las controversias individuales de los trabajadores de las entidades públicas, sujetos tanto al régimen de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo 276) como al régimen laboral privado (Decreto Legislativo 728)<sup>(6)</sup>.

Esta conclusión, en su segunda parte, está sin embargo desnuda de contexto. No toma en consideración el carácter laboral de los regímenes aplicables a los servidores de las entidades públicas reconocido en la Constitución y la jurisprudencia del TC, desconoce los precedentes y la jurisprudencia del TC en materia de vías procedimentales, no observa la necesidad impostergable de contar con una vía previa regulada y olvida la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

- (4) Confróntese con los artículos 17 del Decreto Legislativo 1023, 112 del TUO de la Normativa del Servicio Civil (aprobado por Decreto Supremo 007-2010-PCM), 2 y 3 del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil (aprobado por Decreto Supremo 008-2010-PCM).
- (5) Así, conforme a la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1023 y el artículo 3 del TUO de la Normatividad del Servicio Civil (Decreto Supremo 007-2010-PCM). También quedan fuera del ámbito resolutorio del TSC las empresas del Estado en tanto no están comprendidas en el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.
- (6) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.



Paul Paredes Palacios

## **El carácter laboral de los regímenes aplicable a los servidores de las entidades públicas desde la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

El TSC sostiene que la facultad disciplinaria del Estado no deja de tener naturaleza administrativa (tratándose del régimen público del Decreto Legislativo 276) y que, además, tratándose de quienes prestan sus servicios bajo el régimen laboral privado el Decreto Legislativo 1023 transforma, de laboral a administrativa, las sanciones disciplinarias y el despido.

Esta interpretación no es conforme con la Constitución si nos atenemos a su Tercera Disposición Final y Transitoria (además de sus artículos 2.15 y 22 a 29). Allí se señala, con claridad, que los regímenes aplicables a la actividad pública y a la actividad privada, aunque diferenciados, son “de trabajo”<sup>(7)</sup>.

El carácter laboral de los servicios prestados al Estado bajo cualquier régimen ha sido, asimismo, ratificado por el TC en las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad contra la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público<sup>(8)</sup>, y contra el Decreto Legislativo 1057, Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios<sup>(9)</sup>, más conocido como régimen CAS.

En el fundamento 17 de la STC 008-2005-PI/TC el Tribunal señaló:

“Del mismo modo, y dada su vinculación con la materia evaluada, es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados”.

Más recientemente, el TC ha vuelto a ratificar el carácter laboral de todos los regímenes aplicables en las entidades públicas al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1057. En la STC 0002-2010-PI/TC ha dicho:

*“3. Los regímenes laborales en la Administración Pública*

*(...)*

*23. El ordenamiento jurídico peruano contiene cuando menos dos regímenes laborales generales, alrededor de los cuales giran otros más específicos. Nos referimos a los regulados por los Decretos Legislativos 276 y 728, denominados Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el primero, y Ley de Fomento del Empleo, el segundo, los cuales contiene la legislación marco aplicable tanto al sector público como al sector privado, respectivamente. El acceso, características, derechos y obligaciones, finalización de la relación laboral, etcétera, están regulados en cada caso de manera específica y expresa, lo que a su vez ha dado lugar a que los mecanismos de protección de tales regímenes sean diferentes y específicos, como de alguna manera lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el denominado Caso Baylón (STC 206-2005-PA/TC)*

*(...)*

*25. Sin embargo, esta distinción (sobre normas específicas para sectores laborales) no es muy clara respecto de los obreros, empleados, servidores y*

(7) La Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala lo siguiente: “En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes (...).”

(8) STC 0008-2005-PI/TC, publicada el 14 de setiembre de 2005.

(9) STC 0002-2010-PI/TC, publicada el 15 de setiembre de 2010.

## El Tribunal de Servicio Civil enfrentado a la necesidad de regulación de la vía previa, los precedentes del Tribunal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

funcionarios públicos que cumplen funciones para el Estado, dado que aquellos pueden encontrarse vinculados a cualquiera de los regímenes laborales generales, pues de ello depende cuál es el aplicable a la entidad a la que pertenecen, dándose supuesta en los que incluso es posible la coexistencia de ambos regímenes laborales en la misma institución”.

Así se puede tener, como primera conclusión, que desde la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional los regímenes aplicables a los servidores de las entidades públicas son de naturaleza laboral, sin desconocer, por cierta las particularidades y excepciones que correspondan a cada uno.

### La necesidad de regulación de la vía previa administrativa

El TSC ha concluido que las relaciones Estado-Employado<sup>(10)</sup>- cualquiera sea el régimen aplicable- son de naturaleza administrativa y, por tanto reguladas por normas de derecho administrativo<sup>(11)</sup>. A partir de ello ha dispuesto que es competente para resolver, en vía de apelación, las cinco materias de acceso al servicio civil, pago de retribuciones, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo, al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, cualquiera sea el régimen aplicable (276 y 728)<sup>(12)</sup>. Para el TSC, el argumento por el cual el conflicto suscitado entre una entidad

y su servidor es de carácter laboral, es erróneo y no puede ser utilizado para tramitarlos en una vía distinta a la administrativa, verbigracia, la vía del proceso laboral<sup>(13)</sup>. De ahí que haya ordenado, en su Resolución de Sala Plena 001-2010-SERVIR/TSC, que todas las entidades adecuen sus instrumentos de gestión y directivas internas a fin de que implementen una única instancia administrativa resolutoria en primera instancia, en tanto el TSC actúa, vía apelación, en segunda y última instancia administrativa<sup>(14)</sup>.

Asumiendo-contraria la Constitución, la Ley Marco del Empleo Público y la jurisprudencia del TC- que los regímenes aplicables en la relación Estado-Employado son de naturaleza administrativa (y no laboral) y que, por tanto, los conflictos de ahí derivados deben ser tramitados en la vía administrativa cabe preguntarse cuáles son esas vías administrativas cabe preguntarse cuáles son esas vías administrativas y cómo están reguladas.

En el régimen público (Decreto Legislativo 276, Ley de la Carrera Administrativa) el artículo 125 del Decreto Supremo 005-

(10) El artículo 1 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, convertido luego en el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Normatividad del Servicio Civil hace referencia a la relación Estado- Empleo definiéndola como aquella “que vincula al Estado como empleador y a la personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación”.

(11) Fundamentos 5 y 6 Resolución de Sala Plena 002-2010-SERVIR/TSC.

(12) El fundamento 18 de la Resolución de Sala Plena 002-2010- SERVICR/TSC señala: “A la luz de estas consideraciones, el pleno del Tribunal del Servicio Civil se considera competente para admitir y resolver las apelaciones sobre las cinco materias a que alude el artículo 17 del Decreto Legislativo 1023, siempre que versen sobre regímenes bajo el ámbito del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.”

(13) El fundamento 19 de la Resolución de Sala Plena 002-2010- SERVICR/TSC recoge la necesidad de precisar la forma de actuación de algunas entidades que “partiendo del supuesto de la presunta existencia de un conflicto laboral, pretendan tramitar las apelaciones contra las decisiones que versen sobre materias de competencia del Tribunal en una vía distinta de la administrativa.”

(14) Fundamento 21: “Entonces, el artículo 17 del Decreto Legislativo 1023 y el artículo 3 del Reglamento del Tribunal deben ser interpretados en el sentido que corresponde a las entidades de alcance nacional bajo el ámbito de SERVICR, adecuar sus instrumentos de gestión y directivas internas con la finalidad que implementen una única instancia resolutoria en las cinco materias a las que alude el artículo 17 del Decreto Legislativo 1023; de manera tal que las impugnaciones contra dichas decisiones puedan resolverse, en apelación y última administrativa, ante el Tribunal del Servicio Civil.”



## Paul Paredes Palacios

90-PCM<sup>(15)</sup> regula, de modo general, el procedimiento de reclamo estableciendo que *“ante resoluciones que afecten sus derechos, los funcionarios y servidores tienen expeditos los recursos impugnativos establecidos en las normas generales de procedimientos administrativos. Asimismo, tienen derecho a recurrir ante el respectivo Consejo Regional del Servicio Civil o Tribunal del Servicio Civil, según corresponda”*<sup>(16)</sup>.

Asimismo, en cuanto a la imposición de sanciones, el artículo 32 del mismo Decreto Legislativo 276 establece la Constitución, en cada entidad, de comisiones permanentes de procesos disciplinarios para la conducción de los respectivos procedimientos sancionadores. Y el artículo 33 precisa el derecho de los servidores a impugnar las decisiones de primera instancia vía reconsideración o apelación, habitando la vía del TSC<sup>(17)</sup>. Por su parte, el Decreto Supremo 005-90-PCM desarrolla todo lo concerniente al proceso administrativo disciplinario<sup>(18)</sup>.

¿Algo similar ocurre en el régimen privado (Decreto Legislativo 728)? La respuesta es no. No existe ninguna norma que, dentro del régimen privado, regule una vía previa de reclamo. No hay en el régimen privado una instancia previa de reclamo general. Sólo existe un procedimiento general previo al despido<sup>(19)</sup> (que, de someterse al agotamiento de la vía administrativa sería establecer un doble procedimiento “en sede administrativa”

de evaluación del despido). ¿Por qué? Porque el reclamo, en el régimen privado, - incluido el despido- se canaliza directamente ante el órgano jurisdiccional y, en el caso del despido, el procedimiento previo es la oportunidad que tiene el empleador, público o privado, de ponderar la medida disciplinaria de despido. En general, la regulación de la vía previa, en el régimen privado, no es administrativa sino, eventualmente, contractual o recogida en el Reglamento Interno de Trabajo y limitada a una suerte de revisión o reconsideración sobre lo decidido<sup>(20)</sup>.

El hecho que el régimen privado se aplique también en algunas entidades públicas no genera que las eventuales vías previas recogidas en los contratos o en el Reglamento Internos de Trabajo se conviertan en procedimientos administrativos puesto que ni el contrato ni el Reglamento Interno de Trabajo son fuentes del procedimiento administrativo, a tenor de lo establecido en el inciso 2 del artículo V del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativa General, Ley 27444<sup>(21)</sup>.

(15) Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa.

(16) La referencia es los antiguos Consejos Regionales y Tribunal de Servicio Civil dejados de lado a fines de 1992 por el Decreto Ley 25993. Habiéndose introducido nuevamente la figura del Tribunal del Servicio Civil por disposición del Decreto Legislativo 1023, podría afirmarse que el artículo 125 del Decreto Supremo 005-90-PCM regula el derecho de los trabajadores bajo el régimen 276 a recurrir, vía apelación, al nuevo Tribunal del Servicio Civil.

(17) “Artículo 33.- El servidor que se considera afectado por una sanción podrá interponer recurso de reconsideración o apelación, con cuya resolución quedará expedita el recurso ante el respectivo Consejo Regional del Servicio Civil o Tribunal de Servicio Civil, según corresponda”.

(18) Véase al respecto el capítulo XIII, artículos del 163 al 175.

(19) El artículo 31 del Decreto Supremo 003-97-TR dispone que “el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (...)”.

(20) Por contractual o recogida en el Reglamento Interno de Trabajo hago referencia a la posibilidad que, en el contrato o en el Reglamento Interno de Trabajo se haya establecido la necesidad de presentar el reclamo al empleador antes de acudir a la vía jurisdiccional.

(21) “Artículo V. – Fuentes del procedimiento administrativo  
(...)”

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

## El Tribunal de Servicio Civil enfrentado a la necesidad de regulación de la vía previa, los precedentes del Tribunal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

Más aún, una característica de todo procedimiento administrativo es su legalidad. Eso quiere decir que cualquier procedimiento administrativo debe tener su fuente en la Constitución, una ley o un Decreto Supremo, pero nunca en una norma de menor rango o en algo que, ni siquiera, puede ser considerado fuente del procedimiento administrativo. Así lo establece, por cierto, el artículo 26.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

“36.1 Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante Decreto Supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal o de la decisión del titular de las entidades autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados por cada entidad”

Puede existir la tentación de sostener que el Reglamento Interno de Trabajo es la fuente que, eventualmente, regula la vía previa administrativa de primera instancia pero, a las razones expuestas que niegan esta tesis, se sumaría la propia conclusión de TSC. Si como dice el TSC, las relaciones Estado-empleado son de naturaleza administrativa y, por tanto, se sujetan a las normas del procedimiento administrativo<sup>(22)</sup>, entonces, el Reglamento Interno de Trabajo simplemente

queda fuera pues no califica como fuente del procedimiento administrativo. Bajo la línea de argumento del TSC no podría sostenerse que el Reglamento Interno de Trabajo, en tanto fuente del Derecho del Trabajo, es la fuente que regula, eventualmente, la vía previa administrativa en primera instancia, puesto que la premisa de todo su discurso ha sido, justamente, la de negar carácter laboral a las relaciones Estado-empleado.

De lo expuesto, una segunda conclusión es que si bien el TSC tendría competencia para conocer en segunda instancia administrativa las materias establecidas en el artículo 17 del Decreto Legislativo 1023; sin embargo, solo existe vía previa administrativa regulada en el caso de los trabajadores sujetos al régimen 276. Por lo tanto, resulta contrario a los principios del debido proceso exigir a los trabajadores del régimen 728 el tránsito por un procedimiento administrativo (en primera instancia) inexistente. La Constitución es clara al respecto: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la Ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidas, (...)”<sup>(23)</sup>.

2.1. Las disposiciones constitucionales

2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.

2.3 Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.

2.4 Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

2.5 Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.

2.6 Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores

2.7 La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.

2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

2.9 Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente

2.10 Los principios generales del derecho administrativo.

3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.”

(22) Véase al respecto el fundamento 6 de la Resolución de Sala Plena 002-2010-SERVIR/TSC.

(23) Véase el inciso 3 del artículo 139.



Paul Paredes Palacios

El TSC reconoce su competencia pero olvida que los procedimientos previos y pre-establecidos no existen en el régimen privado, librando a los trabajadores bajo el régimen 728 a su suerte. Cabe preguntarse, por ejemplo ¿Cuál es la autoridad ante la cual se presentan los reclamos?, ¿cuáles son los requisitos?, ¿cuál es el procedimiento de defensa?, ¿qué ocurre con los plazos de caducidad y de prescripción?, etcétera. Estas preguntas, lamentablemente, diluyen los valores de igualdad, seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y predictibilidad que motivaron los precedentes vinculantes del TSC.

### **Los precedentes vinculantes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las vías procedimentales**

En el Caso Baylón Flores<sup>(24)</sup> el Tribunal Constitucional se pronunció -con carácter de precedente vinculante-<sup>(25)</sup> sobre los mecanismos de protección de los derechos laborales, tanto respecto del régimen público como del privado. Allí estableció que la vía de protección de los derechos laborales de los trabajadores sujetos al régimen privado es la del proceso ordinario laboral y, tratándose del despido nulo, despido fraudulento y el despido incausado corresponde acudir a la vía del amparo<sup>(26)</sup>. Por el contrario, tratándose de los trabajadores sujetos al régimen público (del Decreto Legislativo 276) la vía correspondiente es la del proceso contencioso administrativo<sup>(27)</sup>, se entiende, una vez agotada la vía administrativa previa.

De otro lado, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia e incluso posterior a la instauración del TSC, ha resuelto sobre el fondo casos de trabajadores de entidades

públicas sujetos al régimen privado sin que se haya pronunciado por la improcedencia de las demandas de amparo ya sea, por falta de agotamiento de la vía administrativa, o por incompetencia si entendiésemos que a ellos también les corresponde acudir al proceso contencioso administrativo. De ello se infiere que el Tribunal Constitucional no hace distinciones respecto a este grupo de trabajadores.

Esta ausencia de diferenciación se enmarca, por cierto, en el carácter laboral que el Tribunal Constitucional atribuye a toda relación Estado-empleado, recogido en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley del Marco del Empleo Público (STC 00008-2005-PI/TC), repetido recientemente en la sentencia del proceso inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1057 STC 0002-2010-PI/TC), a las cuales me he referido precedentemente.

Si conforme con el precedente vinculante el caso Baylón Flores y la reiterada jurisprudencia del Tribunal solo a los trabajadores sujetos al régimen público corresponde el proceso contencioso administrativo, ¿cuál sería la razón para que el TSC se aparte de estos criterios? Tal vez porque el TSC estima que los precedentes vinculantes y los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional no le aplican –lo cual sería un grave error<sup>(28)</sup>–,

(24) STC 00206-2005-PA/TC, publicada en El Peruano el 22 de diciembre de 2005.

(25) Así, conforme al punto 3 del fallo: “3. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar de CPConst.; (...)”

(26) Confróntese con los fundamentos 3 a 20.

(27) Fundamentos 21 a 24.

(28) La vinculación de las autoridades administrativas hacia los preceptos y principios constitucionales ha quedado consagrada por el Tribunal Constitucional al regular el precedente vinculante en el caso de la figura del control difuso a cargo de las autoridades administrativas. Si una autoridad administrativa está obligada a llevar a cabo el control difuso cuando una disposición contravenga un precedente vinculante o vaya en contra de los preceptos y principios constitucionales enseñados por el Tribunal Constitucional, con mayor razón está obligada a observar ella misma dichos preceptos y principios constitucionales, así como los respectivos precedentes vinculantes. Véase al respecto la STC 03741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarleque), en especial su fundamento 50 y también el fundamento 7 de la resolución aclaratoria del 14 de noviembre de 2005, los cuales son, a su vez, precedente vinculante.

## El Tribunal de Servicio Civil enfrentado a la necesidad de regulación de la vía previa, los precedentes del Tribunal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

o, porque siendo el Decreto Legislativo 1023 posterior al precedente Baylón Flores, establece nuevas reglas no consideradas por el Tribunal Constitucional. Pero, lo que hace el TSC al establecer sus precedentes vinculantes es reglamentar el Decreto Legislativo 1023 y, entonces, cabe preguntarse de dónde proviene la facultad reglamentaria del TSC que, en lugar de esperar un cambio de precedente del Tribunal Constitucional decide manipular las competencias introduciendo una grave desorientación en los “administrados” quienes, de un lado, tienen el precedente vinculante del Caso Baylón Flores y, de otro, los nuevos *precedentes vinculantes* del TSC.

Pero el Tribunal Constitucional cuando asigna a los trabajadores del régimen privado la vía del proceso laboral (y en su caso el amparo) y a los trabajadores del régimen público la vía del proceso contencioso administrativo lo hace porque advierte que solo en el caso de estos últimos existe una vía previa regulada. Si no existe una vía previa administrativa regulada no hay razón para exigir el agotamiento de esta y menos establecer, consecuentemente, que les corresponde la vía del proceso contencioso administrativo. Y es que la manipulación reglamentaria que hace el TSC está dirigida, consciente o inconscientemente, a que todas las impugnaciones contra el despido, incluido los supuestos de despido nulo, incausado y fraudulento, no se transmiten en el proceso de Amparo, sino, ante el TSC y luego, en la vía del proceso contencioso administrativo.

Cabe agregar, asimismo, que el Tribunal Constitucional continuamente recuerda la vigencia del precedente vinculante Baylón Flores y, de otro lado, se decanta por la vía del proceso contencioso administrativo únicamente en tanto exista vía previa (administrativa) regulada. Así lo ha expresado con gran claridad en el Caso Ganoza Briceño vs. Municipalidad Provincial del Santa, donde el demandante alegó despido derivado de un contrato de administración de servicios y el demandando, entre sus defensas, opuso la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa<sup>(29)</sup>:

“3. De los argumentos expuestos por las partes y conforme a los criterios de procedencia establecidos en el precedente vinculante de la STC 00206-2005-PA/TC, este

Tribunal considera que en el presente caso procede evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario, motivo por el cual la excepción de incompetencia debe ser desestimada. También la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa debe desestimarse porque la vía no se encuentra regulada.”

Por tanto, la tercera conclusión es que mientras el precedente vinculante Baylón Flores esté vigente no existe justificación para desviar los procedimientos hacia el TSC. El precedente Baylón Flores indica que corresponde el proceso laboral y, en su caso, el proceso de amparo, tratándose de los trabajos sujetos al régimen privado; y el proceso contencioso administrativo, tratándose de los trabajadores del régimen público.

### La aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, vigente desde el 15 de julio de 2010 y sometida a un régimen de aplicación progresiva, presente un nuevo reto a la competencia del TSC y a sus precedentes vinculantes.

El artículo 20 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo establece lo siguiente:

“Artículo 20. Caso especial de procedencia

En el caso de pretensiones referidas a la prestación personal de servicios, de naturaleza laboral o administrativa establecida según la legislación general del procedimiento administrativo, salvo que en el correspondiente régimen se haya establecido un procedimiento previo ante un órgano o tribunal específico, en cuyo caso debe recurrirse

(29) STC 01187-2010-PA/TC, publicada el 17 de enero de 2011.





## Paul Paredes Palacios

ante ellos antes de acudir al proceso contencioso administrativo”

Para entender adecuadamente este artículo conviene hacer un poco de historia. La versión del artículo 20, en el anteproyecto preparado por el grupo de redacción, establecía a secas, el carácter optativo del agotamiento de la vía administrativa.<sup>(30)</sup> Sin embargo, el debate en el grupo de revisión<sup>(31)</sup> atemperó este carácter debido a que poco antes el Poder Ejecutivo había creado el TSC.<sup>(32)</sup> ¿Para qué crear el TSC si, con carácter general, el agotamiento de la vía administrativa sería optativo? Es por esta razón que el grupo de revisión acoge el carácter optativo del agotamiento de la vía administrativa, pero lo condiciona al existencia del procedimiento administrativo previo regulado en el respectivo régimen aplicable que apunte, además, a un órgano o tribunal específico. ¿Por qué esta decisión? Porque se entendió que el agotamiento de la vía administrativa sólo debía ser exigido cuando el régimen, que regula la relación Estado-Employado hubiese previsto un trámite ad hoc ante un órgano o tribunal específico. De lo contrario, - se concluyó- aun cuando exista una vía previa administrativa regulada pero no propia del respectivo régimen, su agotamiento sería optativo. Así surge el artículo 20 de la LNPT que, en otras palabras establece que el agotamiento de la vía administrativa sólo debe ser exigible en el caso de los trabajadores sujetos al Régimen privado: primero, porque según el régimen no regula ninguna vía previa, conforme ha sido expuesto en líneas arriba; y segundo, (sobre todo) porque el artículo 20 los excluye de cualquier posibilidad de agotar la vía administrativa.

En efecto, el artículo 20 regula cuándo el agotamiento de la vía administrativa es necesario y cuando es optativo. Es necesario cuando en el correspondiente régimen se haya previsto un procedimiento administrativo previo que a un órgano o tribunal

específico (caso de los trabajadores sujetos al decreto legislativo 1057, más conocido como régimen CAS).

Pero, además, el artículo 20 excluye de la necesidad de agotar la vía administrativa a los trabajadores de las entidades públicas sujetas a régimen privado. ¿Cómo así? Porque el ámbito del artículo 20 está limitado a las “prestaciones referidas a la prestación personal de servicios, de naturaleza laboral o administrativa del derecho público”. El artículo 20 hace referencia a dos grupos claramente identificados. El primero: los trabajadores<sup>(33)</sup> sujetos al régimen público (hoy en día los trabajadores bajo el Decreto Legislativo 276); y el segundo: los prestadores de servicios sujetos a una relación de derecho administrativo (hoy en día los trabajadores bajo el Decreto Legislativo 1057).

Así, una cuarta conclusión a partir del artículo 20 de la Nueva ley Procesal del Trabajo – con relación a la necesidad de agotamiento de la vía administrativa- es: a) que los trabajadores de las entidades públicas sujetas al régimen privado están fuera de esta discusión y a ellos no les corresponde agotar ninguna vía administrativa; b) que los trabajadores sujetos al régimen público sí necesitan agotar la vía administrativa donde, en segunda y última instancia, tiene competencia el TSC; y c) que los trabajadores sujetos al régimen CAS no necesitan agotar la vía administrativa pues no existe, en su caso, vía previa regulada<sup>(34)</sup>.

(30) Este documento, fechado el 15 de julio de 2008, proponía lo siguiente:

“Artículo 20. Caso especial de procedencia. En el caso de pretensiones referidas a la prestación personal de servicios de naturaleza administrativa o de derecho público no será exigible el agotamiento de la vía administrativa establecida según la legislación general del procedimiento administrativo o según normas especiales”.

(31) El grupo de redacción del anteproyecto de la nueva ley procesal del trabajo terminó su encargo el 15 de julio de 2008; mientras que el grupo de revisión de este texto lo hizo el 15 de junio de 2009.

(32) El Decreto Legislativo 1023, que creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil y con ella el Tribunal del Servicio Civil, fue publicado en El Peruano el 21 de junio de 2008.

(33) Allí donde hay prestación personal de servicios de naturaleza laboral.

(34) El Tribunal Constitucional recue.rda este criterio en el fundamento 3 de la STC 01187-2010-PS/TC, citada líneas arriba. Allí lo dicho“(…) también la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa debe desestimarse porque la vía no se encuentra regulada (...)”.

## El Tribunal de Servicio Civil enfrentado a la necesidad de regulación de la vía previa, los precedentes del Tribunal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

De otro lado, es bueno recordar que el artículo 20 guarda consonancia con los precedentes vinculantes y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la reiterada jurisprudencia de las Cortes Superiores de Justicia y de la Corte Suprema de la República que día a día viene conociendo los casos de trabajadores de las entidades públicas, sujetos a régimen privado en la vía de proceso laboral.

Sobre los precedentes vinculantes del Tribunal del Servicio Civil y la facultad de reglamentación de las leyes.

¿Tiene el TSC la facultad de reglamentar las leyes? No hay duda que el TSC tiene la potestad de dictar precedentes administrativos de observancia obligatoria, ¿pero ello es equivalente a tener la potestad de reglamentar las leyes?

El artículo 17 del Decreto Legislativo 1023 atribuye al TSC únicamente la potestad de resolver vía recurso de apelación, dentro de las cinco materias de su competencia<sup>(35)</sup>, las “controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos”. Por su parte, el tercer párrafo del artículo 4 del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil<sup>(36)</sup>, le atribuye la potestad de emitir, en Sala Plena precedentes administrativos de observancia obligatoria. Una lectura sistemática de ambas normas permite concluir, entonces que dichos precedentes vinculantes, no surjan de la nada, no son autónomos, sino que serían el resultado de resolver alguna controversia individual suscitada al interior del sistema. ¿Por qué? Porque el Decreto Legislativo 1023 no atribuye al TSC una potestad reglamentaria sino solo resolutoria. Podría afirmarse que no existe mayor diferencia y que, a las finales, el resultado es el mismo: establecer con carácter obligatorio determinados criterios al interior del Sistema. Sin embargo, una cosa es que el precedente vinculante surja del debate y contradicción de posiciones al interior de un procedimiento administrativo regido por la observancia de un debido proceso administrativo, y otra cosa es que un criterio de obligatorio cumplimiento surja de la preocupación o interés de sus miembros. En este último caso no hay necesidad de observar un debido

proceso administrativo, sino que la potestad se sustenta en una expresión política de toma de posición sobre determinado asunto. En el primer caso (la potestad resolutoria) el control de la decisión se canaliza, en sede judicial, mediante el proceso contencioso administrativo; en el segundo caso (la potestad reglamentaria), el control, en sede judicial, se ve en el proceso de acción popular.

En los tres precedentes vinculantes aprobados en agosto de 2010 no se observa que los mismos sean el resultado de un debate y contradicción a partir de un caso particular (potestad resolutoria), sino que son el resultado de una toma de posición política sobre tres temas (potestad reglamentaria).

Esta conclusión se ve reforzada si nos atenemos a la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>(37)</sup>. En efecto, el punto 1 del artículo VI de su Título Preliminar curiosamente no citado en ninguna de las tres resoluciones de sala plena, a pesar de que el TSC justifica la emisión de sus precedentes en los artículos IV, V y VI de dicho cuerpo normativo<sup>(38)</sup>- al regular la figura de los precedentes administrativos establece que estos no son autónomos, sino que son el resultado de resolver un caso particular. Así, textualmente establece:

“Artículo VI.- Precedentes administrativos  
1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. (...)”

(35) Acceso al servicio civil, pago de retribuciones, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo.

(36) Decreto Supremo 008-2010-PCM.

(37) Ley 27444.

(38) La Resolución de Sala Plena 001-2010-SERVIR/TSC solo cita el punto 2 de dicho artículo.



## Paul Paredes Palacios

Y también confirma lo dicho en el punto 2.8 del artículo V del Título Preliminar de la misma ley al señalar que los precedentes administrativos agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en dicha sede<sup>(39)</sup>. La pregunta es, entonces, ¿cuáles han sido esos procedimientos administrativos agotados con los pronunciamientos del TSC? ¿Qué se resolvió en ellos en primera instancia? Evidentemente no hay respuesta porque

los precedentes dictados por el TSC en agosto de 200 no resolvieron ningún procedimiento administrativo sino que constituyeron la toma de posición política sobre tres temas de su interés.

El TSC ha insistido en justificar sus precedentes vinculantes en base al principio de predictibilidad, pero si algo ha logrado ha sido desorientar al trabajador de a pie que no sabe si seguir sus precedentes o seguir aquellos del TC y el artículo 20 de la Ley Procesal del Trabajo.

---

(39) Artículo V. Fuentes del Procedimiento administrativo.

2. Son fuentes del derecho administrativo:

(...)

2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas.