

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

“ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS EMITIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SEGÚN LA SENTENCIA EXP N° 00002-2010-PI/TC”

Presentada por:

Bach. CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ AYALA
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Línea de Investigación Institucional:
Legislación y Ciencias Políticas

Sub Línea de Investigación:
Derecho Civil-Nuevas Tendencias

PIURA – PERÚ
2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

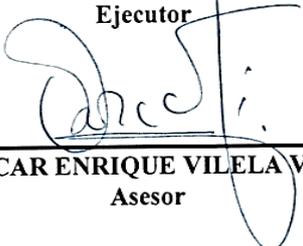


TESIS

“ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS EMITIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SEGÚN LA SENTENCIA EXP N° 00002-2010-PI/TC”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO


Bach. CESAR AUGUSTO LOPEZ AYALA
Ejecutor


Abg. OSCAR ENRIQUE VILELA VARGAS
Asesor

Línea de Investigación Institucional:
Legislación y Ciencias Políticas
Sub Línea de Investigación:
Derecho Civil-Nuevas Tendencias

PIURA – PERÚ
2018

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Yo: **CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ AYALA** identificado con DNI N° **44392043**, en la condición de Estudiante Egresado, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS** y domiciliado en **A.H. 06 DE SETIEMBRE MZ I-01** Distrito de Piura, Provincia de Piura, Departamento de Piura, Celular: **920083587**, Email: **cesar_1725@hotmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura, Octubre del 2018

DNI N° 44392043

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

“ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS EMITIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SEGÚN LA SENTENCIA EXP N° 00002-2010-PI/TC”

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO



Dr. SANTIAGO HERRERA NAVARRO
Presidente



Dr. GRIMALDO CHONG VÁSQUEZ
Secretario



Mag. ALBERTO CHUMACERO MORALES
Vocal

PIURA – PERÚ
2018



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
042-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: "ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS EMITIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SEGÚN LA SENTENCIA EXP. N° 00002-2010-PI/TC", presentada por el Bachiller **CESAR AUGUSTO LOPEZ AYALA** con el asesoramiento del Abog. Oscar Enrique Vilela Vargas; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA

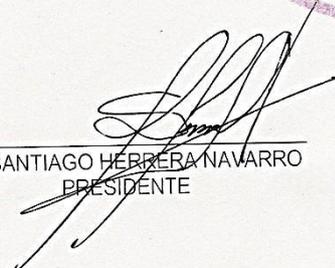
DESAPROBADA ()

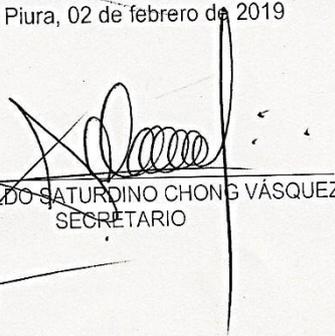
Con la mención de:

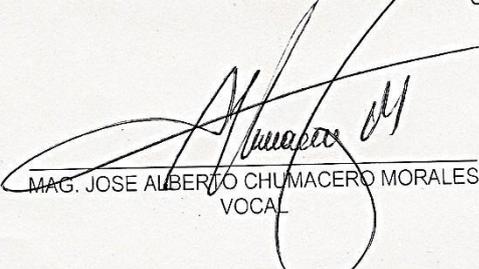
BUENO

- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que el sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 02 de febrero de 2019


DR. SANTIAGO HERRERA NAVARRO
PRESIDENTE


DR. GRIMALDO SATURDINO CHONG VÁSQUEZ
SECRETARIO


MAG. JOSE ALBERTO CHUMACERO MORALES
VOCAL

DEDICATORIA

Dedico la presente investigación en primer lugar a Dios, por darme la oportunidad necesaria para poder lograr mis objetivos y a mi madre por su constante esfuerzo y ser la motivación en lograr mis metas en cada etapa de mi vida.

A mi esposa por su ayuda idónea y aliento en cada proyecto que realizamos.

AGRADECIMIENTO

A Dios por direccionar mi vida y darme la oportunidad de lograr mis metas. A mi madre por su apoyo incondicional en el trayecto de mi vida

A mi alma mater la Universidad Nacional de Piura y a los docentes por los conocimientos adquiridos en el trayecto de mi carrera.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTO.....	vii
ÍNDICE GENERAL.....	viii
ÍNDICE DE FIGURAS.....	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCIÓN	1
I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	2
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA.....	2
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	2
1.3. OBJETIVOS.....	3
1.3.1. Objetivo General	3
1.3.2. Objetivo Específico	3
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	3
II. MARCO TEÓRICO	3
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	3
2.2. BASES TEÓRICAS	10
2.2.1. Los derechos fundamentales de la persona humana: reconocimiento de la dignidad humana	10
2.2.2. Concepto de dignidad humana.....	10
2.2.3. Trabajo digno	11
2.2.4. Derecho individual	11
2.2.5. Principios del derecho laboral.....	11
2.2.5.1. Principio Indubio pro operario.....	12
2.2.5.2. Principio de Condición más beneficiosa para el trabajador.....	12
2.2.5.3. Principio de Igualdad de la Remuneración.....	13
2.2.5.4. Principio de Inamovilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador	13
2.2.5.5. Principio del rendimiento.....	14
2.2.5.6. Principio de probidad.....	14
2.2.5.7. Principio de continuidad de la relación laboral.	14
2.2.5.8. Principio de primacía de la realidad.....	15
2.2.5.9. Principio de irrenunciabilidad de derechos	15

2.2.6.	Principales beneficios laborales	16
2.2.6.1.	Compensación por tiempo de servicios	16
2.2.6.2.	Estabilidad laboral.	16
2.2.6.3.	Suspensión del contrato de trabajo.....	17
2.2.6.4.	Extinción del contrato de trabajo.	17
2.2.6.5.	Protección contra el despido arbitrario.....	17
2.2.7.	Principio de igualdad al derecho del trabajo	18
2.2.8.	Contratación laboral en el sector público.....	19
2.2.9.	Regímenes laborales en el Perú	20
2.2.10.	El contrato administrativo de servicios	21
2.2.10.1.	Naturaleza jurídica.....	22
2.2.10.2.	Finalidad	22
2.2.10.3.	Requisitos para su celebración	22
2.2.10.4.	Duración	23
2.2.10.5.	Derechos reconocidos	23
2.2.10.6.	Prohibiciones contenidos en la ley.....	25
2.2.11.	Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.....	25
2.3.	GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS	46
2.3.1.	Principio:	46
2.3.2.	Indubio pro operario:	46
2.3.3.	Remuneración:.....	46
2.3.4.	Trabajador:	46
2.3.5.	Rendimiento:	46
2.3.6.	Probidad:	46
2.3.7.	Irrenunciabilidad:	46
2.3.8.	Derecho:	46
2.3.9.	CAS:	46
2.3.10.	Sentencia:	46
2.3.11.	TC:	46
2.3.12.	Gratificaciones:.....	46
2.3.13.	Despido arbitrario:	47
2.4.	MARCO REFERENCIAL	47
2.4.1.	Postura del Tribunal Constitucional sobre el Contrato Administrativo de Servicios (CAS)	47
2.5.	HIPÓTESIS	50
2.5.1.	Hipótesis General	50
2.5.2.	Hipótesis Específica	50
2.5.3.	Variables.....	51

2.5.3.1.	Variable independiente	51
2.5.3.2.	Variable dependiente	51
2.5.4.	Conceptualización de variables.....	51
2.5.4.1.	Variable independiente	51
2.5.4.2.	Variable dependiente	51
III.	MARCO METODOLÓGICO	51
3.1.	ENFOQUE Y DISEÑO	52
3.2.	SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN	52
3.3.	MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS	52
3.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	53
3.4.1.	Fuentes Directas:	53
3.4.2.	Técnicas:.....	53
3.4.2.1.	Fichaje:	53
3.4.2.2.	Recolección y Análisis de datos:	53
3.4.2.3.	Procesamiento de información:.....	53
3.4.2.4.	Análisis y presentación de datos y resultados:	53
3.5.	ASPECTOS ÉTICOS	53
IV.	PROBANZA DE LA HIPÓTESIS: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	55
4.1.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	55
4.2.	CONCLUSIONES.....	67
4.3.	RECOMENDACIONES	68
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69
	APÉNDICES.....	72

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Regímenes laborales en el Perú.....	21
---	----

RESUMEN

Mediante la difusión del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional EXP. N° 00002-2010-PI/TC, de fecha 31 de Agosto de 2010 con referencia a la demanda de “Inconstitucionalidad” que fue interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios considerando que dicho dispositivo afecta en parte derechos fundamentales del trabajador. Como el derecho a la igualdad, igualdad de oportunidades sin discriminación, protección frente al despido arbitrario, continuidad y progresividad laboral, etc.

Como podemos recordar, el Decreto Legislativo 1057 fue publicado por el Gobierno el 28 de Junio del 2008 creando así un régimen de Contratación Administrativa de Servicios, supuestamente este iba dirigido a solucionar la problemática de los casi 200 mil trabajadores del Estado que venían laborando sin reconocimiento de derechos laborales bajo contratos de locación de servicios o los mal llamados locación de servicios no personales SNP. Pero en la realidad solo se reconocieron dos derechos: derecho a 15 días de vacaciones remuneradas por año cumplido y derecho de seguridad social, debido a que los demás (jornada de 8 horas diarias o 48 semanales y descanso semanal de 24 horas continuas) siempre se aplicó por ser este inherente a la jornada laboral establecidas en las entidades públicas.

Por otro lado a instancias del Tribunal Constitucional se han logrado establecer otros beneficios mediante normas reglamentarias (Decretos Supremo 075-2008-PCM): descanso por maternidad, permiso por lactancia, licencia por paternidad, descansos subsidiados por ESSALUD, penalidad por delito arbitrario, derecho de sindicalización y huelga, licencia por capacitación, descanso compensatorio por trabajo sobre tiempo, y licencia por fallecimiento de familiar directo.

Recientemente mediante la Ley N° 29849 que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales. Publicada en el diario oficial el Peruano no hace sino consolidar el Decreto Legislativo 1057 ya que todos los beneficios venían siendo aplicados por régimen CAS en virtud de los Decretos Supremos 075-2008-PCM y 065-2011-PCM, no habiendo más innovaciones positivas se observa que se legaliza el despido arbitrario como causal de extinción del vínculo laboral en otras palabras el cese por no renovación de contrato conlleva a la ausencia absoluta de protección contra el despido arbitrario.

Teniendo en cuenta esta línea de ideas el Régimen Laboral Público Peruano ha colaborado de cierta manera en esto, debido a la diversidad de regímenes de contratación de personal pudiendo acceder a la contratación pública a través del Decreto Legislativo N° 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo 728 régimen de la actividad privada y el Decreto Legislativo 1057 el régimen CAS, y los demás regímenes especiales originando dentro del sector público flexibilidad en las contrataciones y más aún en los despidos. Lejos de ser el CAS una reestructuración o implementación en el sector público y siendo mayoritariamente la única oferta laboral por la cual pueden disponer las personas aún empleo público es un síntoma de informalidad laboral y desorden dentro del propio Estado.

PALABRAS CLAVES: Constitucionalidad, contrato administrativo, tribunal constitucional, sentencia.

ABSTRACT

Through the diffusion of the Jurisdictional Plenary of the Constitutional Court EXP. N ° 00002-2010-PI / TC, dated August 31, 2010 with reference to the demand for "Unconstitutionality" that was filed by more than 5,000 citizens against Legislative Decree No. 1057, which regulates the Special Administrative Contracting System of Services considering that said device affects in part fundamental rights of the worker. Like the right to equality, equal opportunities without discrimination, protection from arbitrary dismissal, continuity and progressive work, etc.

As we can remember, Legislative Decree 1057 was published by the Government on June 28, 2008, creating a system of Administrative Procurement of Services, supposedly aimed at solving the problems of the almost 200 thousand state workers who had been working without recognition of labor rights under contracts for the lease of services or the misnamed non-personal services SNP. But in reality only two rights were recognized: the right to 15 days of paid holidays per year fulfilled and the right to social security, because the others (8 hours a day or 48 a week and weekly rest periods of 24 continuous hours) are always applied because it is inherent in the working hours established in public entities.

On the other hand at the request of the Constitutional Court have been established other benefits by regulatory standards (Supreme Decrees 075-2008-PCM): maternity leave, permission for breastfeeding, paternity leave, breaks subsidized by ESSALUD, penalty for arbitrary crime, right of unionization and strike, license for training, compensatory rest for work on time, and leave for the death of a direct relative.

Recently, through Law No. 29849, which establishes the progressive elimination of the special regime of Legislative Decree 1057 and grants labor rights. Published in the Official Gazette, Peruano does nothing but consolidate Legislative Decree 1057 since all benefits were being applied by the CAS regime by virtue of Supreme Decrees 075-2008-PCM and 065-2011-PCM, with no further positive innovations. It observes that the arbitrary dismissal is legalized as a cause of termination of the employment bond in other words the termination due to non-renewal of the contract leads to the absolute absence of protection against arbitrary dismissal.

Taking into account this line of ideas, the Peruvian Public Labor Regime has collaborated in a certain way in this, due to the diversity of personnel hiring regimes able to access public procurement through Legislative Decree N ° 276 Law of Career Bases Administrative, Legislative Decree 728 regime of private activity and Legislative Decree 1057 CAS regime, and the other special regimes originating within the public sector flexibility in hiring and even more so in layoffs. Far from being the CAS a restructuring or implementation in the public sector and being mostly the only job offer for which people can still have public employment is a symptom of labor informality and disorder within the State itself.

KEY WORDS: Constitutionality, administrative contract, constitutional court, sentence.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación planteó un análisis a la sentencia que fue emitida por el Tribunal Constitucional en pleno jurisdiccional según Exp. N° 00002-2010-PI/TC con referencia al régimen especial de Contratación Administrativo de Servicios (CAS) que es una de las figuras laborales denominada “no laboral o no autónoma” la misma que vendría provocando la desnaturalización de derechos laborales con especial atención y expectativa por parte de la administración pública.

Pese a que nuestra legislación y jurisprudencia reconoce los principios de igualdad de oportunidades, progresividad laboral entre otros principios que resguardan el derecho al trabajo como bien jurídico tutelado y de atención prioritaria del Estado, las mencionadas disposiciones legales resultarían ineficaces al momento de resolver situaciones en las que se transgrede los derechos laborales de los trabajadores.

Como ejemplo de ello pudimos notar que el contrato administrativo de servicios genera una desigualdad frente a una misma labor realizada por dos servidores públicos uno de ellos perteneciente al CAS y el otro a cualquier otro régimen laboral, el Estado les retribuirá de manera distinta, a uno le pagara gratificaciones y CTS completas, mientras que al servidor CAS no, además que no podrá hacer carrera pública y no contar con una protección frente al despido tal como se podrá apreciar en el presente trabajo, lo cual ha generado la afectación a estos principios y derechos.

En consecuencia esta realidad del régimen especial de contratación administrativa de servicios acarrea consigo un serio menoscabo en aquellos trabajadores del sector público que son contratados bajo un régimen limitativo y reducido de derechos debido a que se restringe arbitrariamente el derecho al trabajo.

A pesar de ello los constantes reclamos y pedidos de derogación de esta normativa, tales propuestas no han sido eficaces para revertir los efectos lesivos de este régimen especial de contratación, ya sea debido a la poca fuerza normativa, ineficiente motivación de las resoluciones judiciales, aplicación ineficaz de los principios laborales e inaplicación de los instrumentos internacionales que garantizan la efectividad o ejercicio de los derechos laborales.

Es por esta motivación, que se decidió investigar el tema de la Constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios a partir de la sentencia Exp. 00002-2010-PI/TC, en cuanto a su afectación de derechos y discriminación que estaría incurriendo esta clase de contratos, debido a que el agravio originado a aquellos trabajadores contratados bajo este régimen menoscaba aun en parte principios y derechos laborales como el principio y el derecho a la igualdad, principio igualdad de oportunidades, de progresividad laboral entre otros, llegando así el Estado mediante ello a afectar a la parte más débil de la relación laboral.

La metodología que se utilizó tiene un enfoque cualitativo y como diseño una teoría fundamentada. Esta tesis consta de cuatro capítulos. En el primer capítulo se abordan los aspectos de la problemática. En el segundo capítulo se desarrolla el marco teórico. En el tercer capítulo se redacta el marco metodológico. Y en el cuarto capítulo se brindan los resultados y la discusión.

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Los gobiernos de turno con tal de salvaguardar los intereses del Estado implementan políticas y normas para contratar personal bajo diferentes modalidades contractuales afectando los derechos del trabajador, ante ello es menester analizar los antecedentes de la Ley de Contratación Administrativa de Servicios y su origen nos remonta al mal denominado Servicios No Personales, que surgió como una especie de salvavidas para el Empleador Estatal, quien valiéndose de esta modalidad, recortó los derechos laborales del trabajador.

Es decir el Estado se beneficiaba como empleador al no tener la obligación de asumir costos laborales; ante estos hechos comenzaron a plantearse reclamos de índole laboral en sede constitucional deduciéndose que el mal llamado Contrato de Servicios No Personales, es en el fondo una relación laboral, con reconocimiento de beneficios sociales y continuidad laboral, estas presiones motivaron que el Estado cediera y se proclamó el inicio de una reestructuración laboral con miras a la implementación del TLC (Ley N° 29157), poniéndose en vigencia el Decreto Legislativo N° 1057 Ley de Contratación Administrativa de Servicios y su Reglamento.

En el sector público peruano existe, en principio, cuatro regímenes laborales: el de carreras especiales (profesores, médicos, magistrados, fiscales, militares, policías, etc.), el administrativo (D.Leg. 276), el régimen de la actividad privada (D.Leg. 728) y el régimen de CAS (D.Leg. 1057).

La rigidez laboral bajo estos dos regímenes y determinados sobrecostos laborales han tenido como respuesta la creación de modalidades de contratos temporales, como los servicios no personales (SNP) y la contratación administrativa de servicios (CAS). Si bien este tipo de contrato no representa una reforma sustancial para la modernización del sector público, permite mayor flexibilidad en la contratación y despido.

En este régimen, actualmente, se incluyen a más de 275 mil funcionarios, lo que representa más del 40% de todo el personal del Estado si se excluye a las carreras especiales. Además, ha tenido un crecimiento importante en los últimos cinco años, si se tiene en cuenta que en el 2011 solo eran un poco menos de 150 mil, lo que representa un crecimiento del 85%. (El Comercio)

Respecto al gasto total de las remuneraciones de los trabajadores CAS, entre el 2011 y el 2016 este ha aumentado de S/3.337 millones a S/7.742 millones, lo que constituye un crecimiento del 132%, un incremento aun mayor que el del número de trabajadores. El principal problema sería el traspaso de trabajadores al régimen 728 el cual no se daría en el contexto de carrera meritocrática como principio para la incorporación de funcionarios.

Por otro lado en el caso de Essalud, los trabajadores CAS ascienden a 12.000 aproximadamente y, según declaraciones del ex ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Alfonso Grados, se tiene que disponer de S/260 millones adicionales anuales para cubrir el traspaso de los trabajadores CAS al régimen privado.

En este sentido, tomando en cuenta los mayores gastos adicionales por CTS, gratificaciones, asignación familiar y escolaridad, se estima que el costo de la planilla pública por estos trabajadores aumentaría entre 25% y 30%, es decir, por lo menos S/2 mil millones adicionales por año, lo que equivale al presupuesto de los programas Juntos y Pensión 65 sumados.

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

El régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios conlleva a un impacto negativo a nivel social y económico a razón que pone de manifiesto el grave incumplimiento por parte del Estado de su obligación constitucional de velar y proteger los derechos del trabajador, respetar y hacer respetar los derechos constitucionales y laborales.

El presente trabajo de investigación emprendido fue de suma importancia ya que sirvió para evidenciar la verdadera situación de los contratados mediante Contrato Administrativo de Servicios (CAS) ya que así mismo este constituye una modalidad contractual laboral que afecta los derechos de los trabajadores en parte y constituye un abuso del Estado al quitarle línea de ascenso dentro de la administración pública a los trabajadores que son contratados bajo este régimen especial.

Por consecuencia esta tesis es de suma utilidad, toda vez que con las conclusiones y recomendaciones a las que se arriben se logrará evitar la continuidad de este régimen y concientizar a las autoridades y gobiernos de turno el irrestricto respeto de los derechos laborales.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Analizar la constitucionalidad del contrato administrativo de servicios emitido por el tribunal constitucional mediante la sentencia Exp. N° 00002-2010-PI/TC.

1.3.2. Objetivo Específico

Determinar si vulnera este tipo de contratos los derechos laborales del trabajador.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente tesis se desarrolla en el ámbito de la sentencia Exp. N° 00002-2010-PI/TC de fecha 31 de Agosto del 2010 que expidiera el Tribunal Constitucional en su pleno jurisdiccional con referencia al Contrato Administrativo de Servicios (CAS) y, con asesoría y colaboración de catedráticos de la Universidad Nacional de Piura por tal razón dicha investigación es desarrollada en un tiempo prudencial que permita cumplir con los objetivos de la misma y con un presupuesto que implique lograr los resultados que se esperan.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

(BELTRAN, 2013) Realizó el siguiente trabajo de investigación titulado: problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el estado. El presente trabajo abordará temas relacionados a los diversos regímenes de contratación de personal utilizados por el Estado, los mismos que son el Régimen Público, normado por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento, así como por la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, el Régimen Privado, normado por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, y el antiguo Régimen de los Contratos de Servicios No Personales (SNP), quienes pasaron al régimen de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) desde junio del año 2008, régimen normado por el Decreto Legislativo N° 1057 y por su reglamento normado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM;

así como la problemática generada por la mala utilización de los mismos, en especial del antiguo régimen de SNP ahora CAS, lo que ha ocasionado desorganización en la Administración Pública, dilución del concepto de Carrera Administrativa y vulneración de derechos laborales.

La hipótesis planteada en el presente trabajo se refiere a que, si la problemática generada con la coexistencia de distintos regímenes de contratación de personal en el Estado no es solucionada, la desorganización en la Administración Pública continuará y los derechos laborales de los trabajadores contratados inicialmente como Servicios no Personales y luego mediante CAS, seguirán siendo vulnerados. Las preguntas planteadas para resolver la hipótesis son las siguientes, ¿las normas de contratación de personal para laborar en el Estado fueron respetadas?, ¿tuvo sustento legal la utilización de los contratos SNP?, ¿fue el CAS la solución adecuada para regularizar la situación del personal contratado como SNP?, ¿el régimen CAS es constitucional? Con el presente estudio se tratará de demostrar la desorganización en la que se encuentra la Administración Pública, así como la evidente vulneración de los derechos laborales del personal contratado inicialmente como SNP y luego como CAS, planteando finalmente una propuesta de solución al problema. Para la elaboración del estudio se utilizará el Método Deductivo, con el que se analizará inicialmente el marco normativo existente para la contratación de personal utilizada por el Estado, se identificarán los distintos regímenes de contratación, para luego identificar los problemas generados y plantear finalmente una solución a los mismos.

Las conclusiones del presente trabajo de investigación son:

- a. Los contratos de Servicios No Personales (SNP) fueron creados con la promulgación del Decreto Supremo N° 065-85-PCM - Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestaciones de Servicios No Personales (RUA), con la finalidad de atender la necesidad de personal de las entidades del Estado a través de la contratación de servicios autónomos de un tercero ajeno a la entidad, servicio por el cual se le reconocía una contraprestación económica. Es decir, esta figura se creó con la finalidad de proveer al Estado de servicios autónomos no subordinados.
- b. Desde la década de los ochenta por razones de austeridad fiscal las leyes del presupuesto vinieron imponiendo limitaciones al nombramiento o contratación de personal, resultando habitual que las leyes anuales del presupuesto público empezaran a prohibir la contratación de personal mediante los procedimientos estipulados en la Ley de la Carrera Administrativa; lo que provocó que gran parte de entidades públicas optara por la contratación de Servicios No Personales; dejando de lado los procedimientos de acceso a la Administración Pública normados por la Ley de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276).
- c. Dentro de ese proceso de cambios se fue diluyendo el concepto de “Carrera Administrativa” y se perdió toda iniciativa centralizada en materia de capacitación, calificación y desarrollo de cuadros profesionales.
- d. La mayoría de los contratos de Locación de Servicios No Personales fueron desnaturalizados pues se ha puesto en evidencia que la labor que desempeñan estos servidores era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación directa; siendo éstas, características de los contratos laborales y no civiles; es decir su labor era igual a la labor que desempeñan los trabajadores que ingresaron a trabajar para el Estado mediante concurso público, de acuerdo a lo establecido por la Ley de la Carrera Administrativa, trabajadores que si tenían reconocidos sus derechos, estaban registrados en planillas, percibían el pago de sus beneficios sociales, bonificaciones, tenían la posibilidad de ascender a mejores puestos, entre otros. Labor que fue reconocida a través de distintas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, el cual amparado en el Principio de Primacía de la Realidad reconoció el vínculo laboral existente entre las personas contratadas mediante SNP y el Estado.

(RUEDA, 2011), realizó el siguiente trabajo de investigación titulado: La Inconstitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios – CAS. Tiene como Objetivo

General: Demostrar la inconstitucionalidad del contrato administrativo de servicios. La Hipótesis que se plantea es la siguiente: El contrato administrativo de servicios es inconstitucional. La investigación académica que se desarrolló recolecta información para el trabajo de análisis crítico, riguroso y su contrastación con la realidad nacional, de las siguientes fuentes: 1. Bibliografía jurídica especializada en materia Constitucional, Teoría de Derechos Humanos, Derecho Laboral, Derecho Administrativo y Derecho Civil. 2. Encuestas a la población laboral sujeta al régimen del Contrato Administrativo de Servicios.

La presente investigación plantea el análisis de la constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios en la Administración Pública (CAS), que es una de las figuras laborales denominada “no laboral o no autónoma”, la misma que viene siendo pasible de una problemática desnaturalización con especial atención y expectativa por parte de sus actores (empleador -Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial-, trabajador –servidores públicos-) así como de la comunidad jurídica y no jurídica.

El CAS (Contrato Administrativo de Servicios), se legisla con la naturaleza o situación jurídica sui generis que en doctrina se denomina: “labor excluida o no laborizada”, ya que pese a ser una prestación personal, subordinada y remunerada, conteniendo por ello sin lugar a dudas la existencia de una relación laboral; es injustamente excluida por mandato legal, no legítimo, del ámbito de protección plena del Derecho Constitucional al Trabajo.

Para analizar esta problemática es necesario recordar que la dignidad es un concepto que alude al valor intrínseco de la persona humana, no dependiente de factores externos; lo cual está conectado con el hecho de que la persona humana es un fin en sí mismo y no un medio, porque es un ser trascendente debido a que posee razón y puede decidir su vida, ser libre, escoger entre el bien y el mal, de ahí que una de las principales manifestaciones de esa trascendencia humana es el trabajo, el cual recuerda la dignidad humana por ser un acto de creación personal. Este postulado básico del Derecho Laboral y demás principios esenciales, han sido dejados de lado con la aparición del CAS. En este sentido, la investigación de esta problemática social se realizó por el interés de demostrar que el Contrato Administrativos de Servicios en cuestión, es inconstitucional, afecta el reconocimiento de los derechos laborales.

Las conclusiones del presente trabajo de investigación son:

- a. El régimen laboral de los trabajadores del Estado debe ser único y no diverso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado.
- b. Existen trabajadores del Estado sujetos a un régimen laboral privado (728) lo cual contraviene la disposición constitucional antes citada, sin embargo, es de advertir que los derechos y beneficios laborales acordados en dicho régimen son los mismos que los que gozan los trabajadores de la actividad privada.
- c. Los trabajadores del Estado están sujetos a distintos regímenes laborales, tales como la contratación por servicios no personales SNP, el Decreto Legislativo 276 y el régimen de contrato administrativo de servicios - CAS.
- d. Los trabajadores del Estado sujetos a servicios SNP carecían absolutamente de derechos y beneficios laborales, en clara violación del ordenamiento laboral, sin embargo, al demandar judicialmente la reivindicación de sus derechos, recibían amparo y protección.
- e. El régimen CAS es de naturaleza laboral conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia analizada en el presente trabajo, y por ello dispuso la modificación del Decreto Legislativo 1057, lo cual se realizó mediante el D.S. 65-2011-PCM.
- f. Lo anterior, no obstante, el régimen CAS reconoce derechos y beneficios laborales menores que los acordados en el régimen público del Decreto Legislativo N° 276, pese a que la

función desarrollada por dichos trabajadores son permanentes y responden a cargos orgánicos y estables.

(PALOMINO, 2016), realizó el siguiente trabajo de investigación titulado: consecuencias Jurídicas y económicas que se derivan de la aplicación del Régimen Especial CAS al personal de la Municipalidad Provincial de Trujillo. El Objetivo General de la investigación es: Determinar la situación jurídica del personal contratado por locación de servicios de la Municipalidad Provincial de Trujillo durante el primer año en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento denominado Régimen de Contratación Administrativa de Servicios - CAS.

El análisis y estudio realizado en el presente trabajo de investigación, tiene como finalidad definir, diferenciar, y establecer la problemática de la aplicación del régimen especial de contratación denominado Régimen de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, en su primer año de entrada en vigor, en contraposición con la antigua modalidad de contratación civil de locación de servicios, dentro del ámbito laboral del sector público, limitando aún más nuestro campo de investigación al personal de la Municipalidad Provincial de Trujillo, y, el periodo de transición que sufrió el personal contratado como locación de servicios, mal llamado “servicios no personales”, SNP.

Es preciso entender que el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y la imposibilidad de ser excluido de la carrera administrativa sin causa justa, prevista por ley y justificada en un proceso administrativo, se genera desde el punto de vista jurídico y económico, porque la “estabilidad laboral” tiene implicancias más profundas que regular una protección adecuada contra el despido arbitrario, entre otros derechos laborales que no están siendo reconocidos en los decretos legislativos que regulan el régimen CAS, a pesar de estar consagrados en la Constitución y en Convenios y Tratados Internacionales que resguardan su adecuada protección.

De ser el caso, el presente estudio se plantea diversas interrogantes, como; ¿Qué efectos económicos tuvo que afrontar la MPT, para trasladar a su personal de planillas SNP, al denominado régimen CAS?; ¿Estos son considerablemente altos, debido a la proliferación de empleados contratados bajo dicha modalidad, principalmente contratados políticos (tras cada elección edil)?, y ¿Qué costos le ha generado a la administración pública la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM?. Para ello se presenta este trabajo, con el propósito de tener una idea real y concreta de los gastos que generó para la administración pública dentro de nuestro universo de investigación, (con un muestreo a las planillas de trabajadores de la MPT) la migración de los SNP al CAS.

La problemática de los trabajadores contratados como SNP’s (Servicios No Personales), inicialmente, y luego a través del CAS (Contratos Administrativos de Servicios) en donde eran señalados como trabajadores “Sin Ningún Privilegio”, referido a las siglas SNP pasando posteriormente a ser conocidos como trabajadores “Castigados” dentro de sus centros de trabajado, ha pasado a lo largo de estos años, desde la entrada en vigencia, motivo de diversas investigaciones y producción jurídica abundante, que ha pretendido señalar las graves desigualdades entre un régimen y otro, pues tras haber sido adecuados al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, muchos de ellos, han sido impunemente despedidos sin ser sujeto de derecho de ningún reclamo posterior, vulnerando gravemente su derecho al trabajo, más aun, generando una inestabilidad laboral profunda en más del 50% de los trabajadores de la entidad, quienes tienen como vínculo laboral, el endeble Contrato Administrativo de Servicios – CAS.

Luego surgen nuevas interrogantes, ¿Será cierto que no les corresponden derechos?, ¿No son trabajadores?, ¿No tienen beneficios?, ¿El Principio de Primacía de la Realidad no es acaso de obligatorio cumplimiento, pues este, se encuentra ratificado en los Convenios Internacionales de Trabajo?; el D.S. 003-97-TR, que regula los derechos de los trabajadores de la actividad

privada (modalidad bajo la cual también contrata el Estado), señala en sus primeros artículos, los fundamentos que desbaratan estas afirmaciones, entre otras cosas, señala que en toda prestación de servicios remunerada y subordinada, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por el cual le corresponden al trabajador todos los beneficios de ley, como derecho a un mes de vacaciones pagadas al año, el pago de la CTS (un sueldo al año), dos sueldos por gratificaciones al año (Julio y Diciembre), entre otros.

Las conclusiones del presente trabajo de investigación son:

- a. Los efectos jurídicos que produjeron la aplicación del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, en los trabajadores de la Municipalidad Provincial de Trujillo, son considerables, debido a que se constituyó un reconocimiento parcial de derechos laborales a favor de ellos, sin embargo, estos resultaron insuficientes.
- b. En cuanto al reconocimiento parcial de derechos laborales, señalado en el párrafo precedente, los trabajadores de la Municipalidad, durante el primer año de entrada en vigor del Decreto Legislativo 1057, gozaron de derecho a un seguro de salud (Essalud), a una jornada máxima laboral (48 horas) así como al reconocimiento de la prestación personal del servicio que desarrollaban dentro de la Administración Pública.
- c. La Municipalidad Provincial de Trujillo, cambió el marco normativo bajo el que contrataba al personal de la entidad, a través de la aplicación del Régimen CAS, coexistiendo así un régimen nuevo y especial a la par con los regímenes laborales que se utilizaban. (Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo 728 y Locación de Servicios – Código Civil)
- d. En materia laboral, los efectos jurídicos a raíz de la dispersión normativa, aumentaron el desorden e inequidades producto de ella, generándose un mecanismo alternativo de ingreso a la función pública, que no eliminaba a los anteriores, sólo se sumaba a ello, prueba de esto es que la locación de servicios no ha desaparecido como puerta de acceso a las entidades del Estado.
- e. Respecto a las encuestas aplicadas al personal que laboraba bajo el régimen CAS, se evidenció que los encuestados encontraban en este nuevo régimen de contratación mayores beneficios jurídicos y económicos, sobre todo un reconocimiento incipiente de sus derechos laborales, antes ignorados.
- f. A pesar de los resultados referidos en los encuestados también manifestaron su inconformidad, frente a que el régimen CAS, sea la respuesta o solución para ellos, considerando en un 71% que no es la mejor modalidad de contratación en el sector público.

(CONDEZO, 2012), realizo el siguiente trabajo de investigación titulado: Vulneración de los derechos laborales en el Régimen de la Contratación Administrativa de Servicios.

A mediados del 2008, el Derecho ha prestado singular atención a un régimen especial laboral llamado régimen de la contratación administrativa de servicios conocido comúnmente como CAS. Ello a consecuencia de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios surgiendo con la finalidad de otorgar derechos a aquellos contratados bajo la modalidad de Servicios No Personales, quienes no tenían derecho o beneficio alguno. No obstante, esta nueva forma de contratación vulnera derechos laborales.

Pese a que nuestra legislación y jurisprudencia reconoce los principios de igualdad de oportunidades, progresividad laboral entre otros principios que resguardan el derecho al trabajo como bien jurídico tutelado y de atención prioritaria del Estado, las mencionadas disposiciones legales resultan ineficaces al momento de resolver situaciones en las que se transgrede los derechos laborales de los trabajadores tal como se podrá apreciar en el presente estudio, lo cual ha generado la afectación a estos principios y derechos.

Esta situación acarrea un serio menoscabo en aquellos trabajadores del sector público que son contratados bajo un régimen limitativo y reducido de derechos, debido a que se restringe arbitrariamente el derecho al trabajo. Sin embargo, pese a los constantes reclamos y pedidos de derogación de esta norma, tales propuestas no han sido eficaces para revertir los efectos lesivos de esta forma de contratación, ya sea debido a la poca fuerza normativa, ineficiente motivación de las resoluciones judiciales, aplicación ineficaz de los principios laborales e inaplicación de instrumentos internacionales que garantizan la efectividad o ejercicio de los derechos laborales.

Por ese motivo, se ha decidido estudiar el tema de los contratos administrativos de servicios y la vulneración de derechos laborales como consecuencia de este de contratación, debido a que el agravio originado a aquellos trabajadores contratados bajo este régimen menoscaba principios y derechos laborales como el principio y el derecho de igualdad, principio de igualdad de oportunidades, de progresividad laboral entre otros, vulnerando así el derecho al trabajo.

De ello se desprende la importancia de la presente investigación el cual tiene por objetivo principal determinar si la derogación del marco legal sobre la contratación administrativa de servicios garantizará la variación de su contratación por una de naturaleza de trabajo, haciendo posible la concreción de la estabilidad laboral en el sector público.

Por otro lado, el objetivo conexo consiste en establecer si los contratos administrativos de servicios vulneran el principio de igualdad de oportunidades laborales al avalar la contratación de personal que realiza las mismas labores que la de aquel contratado dentro de una relación laboral. En razón a ello, el estudio será realizado en tres capítulos. Este comprende el derecho al trabajo, cuyo primer capítulo nos ayudará a conocer de manera general el significado e importancia de este derecho, así como los elementos esenciales dentro de una relación laboral y los principios laborales que inspiran esta rama del derecho. Por otro lado, tenemos la contratación laboral en el derecho comparado como segundo capítulo, ello en definitiva nos permitirá tener un mayor enfoque sobre nuestra problemática en base a la normativa extranjera con la finalidad de procurar soluciones que puedan contrarrestar las falencias que presenta nuestra legislación. Asimismo, identificar si otras legislaciones o países enfrentan la misma problemática en materia laboral, y de ser el caso que medidas adoptan estos para su pronta y eficaz solución.

Por último, tenemos la inconstitucionalidad de la contratación administrativa de servicios, donde trataremos y profundizaremos sobre esta forma de contratación, analizaremos sus antecedentes, que motivos la crearon, su naturaleza ¿es de naturaleza administrativa o laboral?, analizaremos además si dicho régimen vulnera principios y derechos laborales y en base a ello se harán propuestas que permitan en la medida de lo posible erradicar los Contratos administrativos de servicio de nuestra legislación.

Las conclusiones del presente trabajo de investigación son:

- a. El Estado como principal garante de derechos tiene el deber de proteger a sus ciudadanos y como tal tiene la obligación de hacer respetar los derechos de cada uno; sin embargo, quien debería proteger y resguardar derechos es el primero que los vulnera al permitir la vigencia de los contratos administrativos de servicios.
- b. Los principios laborales como directrices que permiten solucionar o llegar a una mejor resolución de un problema, no han sido tomados en cuenta a fondo al momento de tomar decisiones sobre la legalidad o no de esta norma vulneradora y discriminatoria de derechos, como es el cuestionado contrato administrativo de servicios.
- c. Del presente estudio se ha comprobado que los contratos administrativos de servicios contienen los elementos esenciales para ser considerados como un contrato laboral, en consecuencia, la relación existente entre la persona que presta servicios y la entidad pública deviene en una relación laboral y no administrativa.
- d. En la realidad los contratos administrativos de servicios tienen naturaleza laboral, pues en su contenido se presentan los elementos esenciales correspondientes a un

contrato laboral y por ende el vínculo con la entidad contratante deviene en una relación laboral, datos importantes que han sido omitidos por el máximo intérprete de la ley.

- e. La entrada en vigencia del régimen CAS otorgó derechos a los trabajadores que se encontraban bajo el régimen de los servicios no personales; sin embargo, ello no ha asegurado en su totalidad derechos laborales ni beneficios que les corresponde.

(CARDENAS, 2017), realizó la siguiente investigación titulada: Desnaturalización de los contratos por la modalidad de terceros en la sede central del Gobierno Regional de Huancavelica 2016. El presente trabajo de investigación se encuentra direccionada en la línea de investigación de “Derecho Social”, tipo de investigación aplicada y nivel de investigación explicativo, se utilizó el método de investigación analítico y sintético, con un diseño de investigación descriptivo-exploratorio no experimental y tiene como objetivo conocer la desnaturalización de los contratos por la modalidad de terceros (orden de servicios o locación de servicio), en la sede central del Gobierno Regional de Huancavelica, 2016. Para tal objeto se tomó como población a todos los trabajadores del Gobierno Regional de Huancavelica de las diferentes gerencias y tomando como muestra 175 trabajadores determinados por muestreo aleatorio simple, la técnica que se emplea es la encuesta y como instrumento el cuestionario dirigido a los trabajadores de la modalidad de contrata por terceros (locación de servicios y orden de servicio), se procesó toda la información recabada primero empleando el software de Microsoft office 2010 y software SPSS versión 22 para la elaboración de tablas, cuadros y gráficos, así como para el análisis de los resultados encontrados. También se utilizaron las técnicas estadísticas que se emplearon para el procesamiento y análisis de datos se utilizó la estadística descriptiva para el análisis univariado estudiando la variable de modo independiente. Y llegando a la conclusión de que la desnaturalización de los contratos por la modalidad de terceros (orden de servicios o locación de servicio) en la sede central del Gobierno Regional de Huancavelica 2016, se debe a la conclusión del servicio, plazo, y/o simulación de estos contratos, como consecuencia de una política pública anti-laboral en la Sede Central del Gobierno Regional de Huancavelica 2016.

(RUÍZ, 2016), realizó la siguiente investigación titulada: La desnaturalización del contrato de locación de servicios sujeto a plazo en un contrato de trabajo sujeto a modalidad en la legislación peruana. Análisis a la luz de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad. La presente tesis se orienta a demostrar la posibilidad de desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo modal a partir de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad que recoja como propósitos inmediato y mediano el reconocimiento de la verdadera relación laboral y la tutela de la dignidad del trabajador respectivamente. En ese sentido, a partir de: 1) el estudio de la primacía de la realidad y del análisis de los contratos de locación de servicios y de trabajo; 2) el estudio de la relación entre la dignidad humana –que comprende a su vez ciertos rasgos ontológicos– y el contrato de trabajo, que a su vez proscriba cualquier posibilidad de fraude laboral; y 3) la consideración de otros criterios jurídicos como el principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios y el principio de conservación del acto, alcanzamos a demostrar dicha desnaturalización, adicionando a ello la pertinencia de aplicar la norma indemnizatoria prevista para los contratos a plazo fijo. El método a utilizar en la presente investigación es el método dogmático. Y en el presente caso, lo que se analizará es la eficacia práctica e interpretación del principio de primacía de la realidad¹ en relación con la posibilidad de desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad a la luz de la interpretación finalista a la que antes hacíamos mención.

Las conclusiones del presente trabajo de investigación son:

- a. Tomando en cuenta que el principio de primacía de la realidad tiene por función ser un mecanismo de preservación del orden público laboral y por fundamento principal a la dignidad humana, concluimos que dicho principio tiene una finalidad inmediata que es el reconocimiento de la verdadera relación laboral –en el caso del fraude a la

ley, mediante la aplicación de la norma eludida, y en el caso de la simulación relativa, mediante el reconocimiento de la relación laboral— y una finalidad mediata que es la defensa de la dignidad del trabajador; siendo que al corresponderse ambas finalidades recíprocamente, las nuevas formas de prestación de servicios no pueden dar lugar al fraude laboral.

- b. Respecto del cumplimiento de la finalidad inmediata de la primacía de la realidad, luego del estudio de las semejanzas y diferencias entre los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de locación de servicios y del contrato de trabajo modal, surgen las objeciones que versan sobre el requisito de la formalidad de los contratos modales y la causa objetiva de contratación.

A propósito de tales objeciones, hemos demostrado que la formalidad escrita del contrato de trabajo modal es probatoria toda vez que el contrato de trabajo viene determinado por la prestación efectiva de servicios, la ley no ha sancionado su omisión con la nulidad y su cumplimiento se encuentra dirigido al empleador a fin de evitar el fraude laboral. Asimismo, en cuanto al principio de causalidad de los contratos modales, hemos demostrado que este se identifica con la causa fin del acto jurídico por tratarse de hechos con relevancia económico social, siendo que el señalamiento de la causa objetiva de contratación mediante la forma escrita también obedece a evitar el fraude laboral por el empleador.

En consecuencia, frente a la insubsistencia de dichas objeciones, es posible que, frente a un eventual proceso judicial por desnaturalización, el prestador de servicios pueda alegar y demostrar la causa objetiva de contratación, aunque el empleador no la hubiera consignado.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. Los derechos fundamentales de la persona humana: reconocimiento de la dignidad humana

El principio de dignidad humana es un principio rector del derecho constitucional

Y base de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos; así nuestra constitución política del año 1993 establece en su primer artículo “ la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado” estableciendo a la persona humana y su dignidad como máximo valor del ordenamiento jurídico, en igual forma la DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS en el artículo número uno prescribe “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternal mente los unos con los otros”.

La dignidad humana, ha cobrado relevancia como principio de derecho y sustento del estado constitucional recientemente en las últimas décadas, a pesar de que la noción de dignidad humana es bien remota, y se ha desarrollado en la historia gracias al trabajo de filósofos, humanistas, sociólogos y juristas.

Los prolegómenos de los principios de dignidad humana se encuentran en la filosofía griega antigua, la filosofía Estoica señalaba que así como los animales son guiados por un instinto, igual son los hombres guiados por la razón que le orienta como actuar. (ABBAGNANO, 1999)

2.2.2. Concepto de dignidad humana

En la doctrina aún no existe consenso sobre la conceptualización de dignidad humana, ni sobre la interpretación semántica de las palabras “dignidad” y “humanidad”; curiosamente sobre estos términos tan íntimamente vinculados al ser humano, aún no se ha logrado un concepto unívoco y en consenso, que nos identifique e individualice.

Mas, ante el avance de la ciencia, tecnología, biología (biotecnología) y medicina (biomedicina), las fecundaciones in vitro, manipulación genética y clonaciones, se vuelve más complicado conceptualizar que se entiende por ser humano, y desde cuando estamos ante un ser humano, “que se es” antes de ser humano, desde cuando “se es titular” de derechos como persona humana, merecedor de protección y con calidad de digno (ANABIARTE, 1976)

Algunos consideran necesario acudir a información histórica y raíces ontológicas en la naturaleza humana para entender que es persona humana; otros acuden a la biojurídica esperando obtener una respuesta.

Hoy en día existe una preocupación no solo por redefinir que se entiende y a quienes se comprende con el término persona humana (incluso se usan otros términos como “persona autónoma”, “entes vivientes”, “personas de existencia visible”, “especie humana (APARISI)

2.2.3. Trabajo digno

Trabajo digno es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo. (OIT, 2004)

2.2.4. Derecho individual

El Derecho Laboral se cimenta en la regulación del trabajo que presta el ser humano a favor de una u otras personas, por lo que hablar del origen y evolución del Derecho del Trabajo conlleva remontarse al origen y evolución de la prestación del trabajo humano.

El derecho laboral individual de trabajo como disciplina jurídica es reciente en la historia del hombre, antiguamente no existía propiamente un derecho laboral, sino reglas dispersas sobre el trabajo humano.

2.2.5. Principios del derecho laboral

El problema arduo está en definir lo que son los principios del derecho o, expresado de otra forma, a qué categoría jurídicas podemos atribuirles la calidad de principios.

Según PLA RODRIGUEZ, en su obra magistral dedicada precisamente a éstos, principios son: “Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.

En esta definición resalta no sólo lo conceptual sino, en esencia, lo teleológico, la triple función que según DE CASTRO, cumplen los principios: informadora, en cuanto inspiran al legislador y sirven de fundamento del ordenamiento jurídico; normativa o integrativa, al actuar como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal; e interpretativa al operar como criterio orientador del juez o del interprete.

Wagner Giglio previene acertadamente, sin embargo, contra el riesgo de identificar principios con simples peculiaridades, confusión en la que han incurrido con frecuencia los autores, particularmente en el campo del Derecho procesal del trabajo. A este respecto expresa:

- a) Los principios son necesariamente generales, mientras que las peculiaridades son restringidas, pertenecientes a uno o a pocos preceptos o momentos procesales;
- b) Los principios informan orientan inspiran preceptos legales, por inducción, y pueden extraerse de ellos, por medio del razonamiento deductivo; de las peculiaridades no se extraen principios ni derivan de ellas normas legales;
- c) Los principios dan organicidad a institutos y sistemas procesales; las peculiaridades no, pues agotan su actuación en ámbito estrecho generalmente perteneciente al procedimiento y no al proceso. (PASCO, s.f)

En consecuencia los principios del derecho laboral son los pilares para sostener todo el marco legal que debe de tener toda norma jurídica. Los principios del derecho laboral vienen a ser fuente del derecho del trabajo que recogen valores esenciales para orientar, unificar, interpretar las leyes laborales.

2.2.5.1. Principio Indubio pro operario

Los alcances conceptuales de este principio, es importante señalar que han sido muchas las definiciones que sobre el particular se han intentado. Una primera sostiene que aquél es el «criterio según el cual en caso de que una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador». Una segunda, que «entre dos o más sentidos de la norma, ha de acogerse el que resulte en cada momento más favorable para el trabajador».

Una tercera, que «en caso de duda en cuanto al sentido y alcance de la norma jurídica aplicable, ésta debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador», perdiendo de vista que no es posible identificar varias interpretaciones, en tanto la interpretación es un proceso cognoscitivo único. La segunda, por su parte se refiere a los «sentidos de la norma, olvidando que la norma tiene un solo sentido, que puede, sin embargo, adquirir perfiles distintos dependiendo de la pauta interpretativa que se recoja. La tercera, se refiere al «sentido y alcance de la norma jurídica», como si estos dos conceptos fueran distintos entre sí, lo cual resulta una imprecisión, por cuanto el sentido de una norma alude al modo de entenderla íntegramente, comprendiendo al supuesto o alcance y a la consecuencia o contenido.

Luego, si el alcance forma parte del sentido, resulta reiterativo y confuso referirse a ambos como si fueran distintos. Por último, la cuarta definición hace, como la primera, referencia a las «interpretaciones de una norma», por lo cual cabe apuntar lo mismo que a propósito de la primera definición y, añadir que «no existen varias interpretaciones sino diferentes métodos de interpretación que nos van a conducir a diferentes conclusiones interpretativas» Sin embargo, a partir de todas estas definiciones, hemos de advertir claramente que el marco de actuación del *in dubio pro operario* es el de la interpretación jurídica, siendo por ello, «una regla de hermenéutica jurídico-laboral». (VARGAS, 1988)

2.2.5.2. Principio de Condición más beneficiosa para el trabajador

Una de las instituciones más controvertidas del Derecho Laboral es el principio de condición más beneficiosa para el trabajador, en especial en lo relativo a su ámbito de aplicación, esto es, si el principio se aplica sólo respecto de derechos nacidos de actos no normativos o también respecto de actos normativos. Sobre el particular, se ha elaborado en doctrina varias teorías para justificar el marco de actuación de este principio, sin que ninguna de ellas se haya impuesto sobre las demás.

Por esto y dado su carácter controvertido, son pocas las Constituciones que lo reconocen (en Hispanoamérica sólo las Constituciones de Brasil, Colombia y Guatemala lo regulan pero para supuestos específicos y excepcionales).

Es por estas razones que la aplicación del principio ha generado interesantes discusiones entre los estudiosos del Derecho Laboral y ha sido utilizado de manera indiscriminada e inimaginable por la jurisprudencia nacional -en sus "considerandos" -para resolver diferentes casos. Por último, cuando la normativa lo ha querido recoger, lo hizo de manera deficiente. El presente trabajo no pretende salvar la discusión sobre el tema. Inevitablemente nos adscribiremos a una de las teorías. Pretendemos aclarar el panorama, analizar los opuestos de coincidencia en doctrina, descartar los aspectos donde la aplicación del principio carece de fundamento teórico y, sobre todo, contribuir a un adecuado manejo del mismo por parte de legisladores y juristas nacionales.

El fundamento de la condición más beneficiosa para el trabajador lo encontramos en el carácter protector del derecho del trabajo y por el cual se considera que los derechos de los trabajadores sólo pueden ser desplazados por una norma o acto no normativo que contenga mayores beneficios o sea más beneficiosos. Aquí nos encontramos con la llamada tendencia progresiva del Derecho Laboral que busca mantener o superar los derechos de los trabajadores. (TOYAMA, s.f)

2.2.5.3. Principio de Igualdad de la Remuneración

La desigualdad en el otorgamiento de mejoras salariales puede ser enfocada desde tres puntos de vista. Desarrollaremos en las líneas que siguen cada una de las perspectivas en materia de igualdad salarial.

La Constitución y del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, constituyen discriminación prohibida las diferencias salariales que tengan como razón de ser un motivo vedado por discriminatorio. Para determinar si una diferencia salarial constituye una discriminación vedada, deben verificarse tres elementos esenciales (i) un acto; (ii) un motivo o razón; y, (iii) un resultado.

Es decir, un acto de diferenciación en los salarios efectuada por el empleador sobre la base de un motivo discriminatorio que coarta la igualdad de trato o la igualdad de oportunidades del individuo afectado. Lo que está prohibido no es distinguir, excluir o preferir a un trabajador frente a otro, sino distinguir, excluirlo o preferirlo en razón de alguno de los motivos prohibidos por la ley. En otras palabras, de emplearse criterios que no están prohibidos, estaremos ante una distinción o diferenciación no discriminatoria, desde la perspectiva del derecho del trabajo. Solo constituye discriminación para el derecho aquella que se funde en un motivo prohibido. Estará prohibido que el empleador le otorgue a Pedro un bono de productividad y a María no, porque ésta última es mujer. En este escenario no interesa la naturaleza del trabajo que se realiza sino el motivo que determina la distinción: el sexo, la raza, la religión, etcétera. El elemento configurador de la discriminación salarial es el motivo discriminatorio de la decisión del empleador. Nótese que la discriminación salarial opera como una fórmula neutral, prohibiéndose así todas aquellas diferencias salariales, incluyendo las mejoras, por razón de raza, religión, sexo, entre otras, todas bajo la misma protección. (BLUME, s.f)

2.2.5.4. Principio de Inamovilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador

Este principio afecta las posibilidades que tiene empleador de cambiar el horario de trabajo, las horas extras, los turnos, las remuneraciones y otros pagos, y todo lo relacionado con las condiciones de trabajo; principio que guarda concordancia con la protección constitucional del trabajo y derechos laborales reconocidos. Por lo tanto es la limitación del “IUS VARIANDO” del empleador para proteger así al trabajador.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece en su artículo 20 la obligación de los Estados Miembros de adoptar legislación para garantizar una protección eficaz a favor de los trabajadores en materia de contratación y condiciones de empleo, y adoptar medidas para tales efectos.

Así mismo el Decreto Legislativo N° 18471 del 10 de noviembre de 1970 ya contemplaba la imposibilidad de reducción de turnos que involucren una reducción de remuneración, sino contaba con la aceptación del trabajador, siendo susceptible de negociación; el decreto legislativo en esta orientación regula en el artículo 30.b la prohibición de reducción inmotivada de la remuneración. (RUEDA, 2011)

2.2.5.5. Principio del rendimiento

Está vinculado al trabajador y a la productividad, orientado a que el trabajador tenga un rendimiento que justifique la exigencia del monto y pago de una remuneración, poniendo como límite su permanencia en el empleo al contemplar la posibilidad de la terminación del contrato de trabajo por falta de rendimiento. Se contempla 47 como principio a favor del trabajador al sustentar el incremento de remuneraciones en relación del rendimiento y la productividad, siendo mayor esta última, justifica una mayor remuneración. (RUEDA, 2011)

2.2.5.6. Principio de probidad

Este se encuentra relacionado con la moral, la ética y diligencia de las relaciones laborales, alcanzando tanto al empleador como al trabajador; se exige que el trabajo se preste y reciba bajo cánones de honestidad, buena fe, lealtad y diligencia; siendo la buena fe uno de los principios jurídicos fundamentales y sustento de todo el ordenamiento jurídico, estando presente en el orden constitucional la buena fe se presume y es rectora de toda conducta. (RUEDA, 2011)

2.2.5.7. Principio de continuidad de la relación laboral.

El principio de la continuidad puede definirse como aquel según el cual también en beneficio del trabajador, se establecen una serie de reglas que definen a las relaciones laborales como dotadas de una “extremada vitalidad y dureza” y que realizan o evidencian”... la tendencia del derecho del trabajo por atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”. El principio orienta así el anhelo por relaciones labores regidas por un régimen de verdadera estabilidad en el empleo.

Las manifestaciones concretas de este principio en el ámbito de la Ley ordinaria pueden ser expuestas, entre otras maneras expresando que ley laboral privilegia y acentúa la existencia de relaciones laborales a tiempo indefinido, por sobre las relaciones a tiempo definido. De ello deriva como una regla general que el contrato de trabajo se reputa a tiempo indefinido y solo excepcionalmente y ante circunstancias muy calificadas admiten las contrataciones a tiempo

definido, ya sean estas a plazo fijo o por obra determinada. Como consecuencia directa de lo indicado, se han establecidos presunciones específicas en favor de las relaciones a tiempo indefinido o indeterminado, cuando a la finalización persistieran las causas que originaron la contratación, o bien cuando la naturaleza indefinida de la relación derivase de la prestación misma.

El principio en examen implica que las relaciones laborales se conciben dentro de un marco de extremada resistencia. Se establecen como simples suspensiones lo que en otros ámbitos sería considerado como verdaderas interrupciones de la relación entre los sujetos. Así mismo se produce una restricción importante en materia de las modificaciones unilaterales por parte del patrono a la relación laboral.

Finalmente el principio de continuidad comprende una resistencia a la terminación encausada de las relaciones laborales. Tal y como se indicó, según la concepción clásica del principio, se supone que el derecho laboral conduciría hacia el establecimiento en la ley de una garantía de estabilidad en el empleo. Conforme a ello el despido solo sería posible en los casos en que el trabajador incurriera en una falta grave (causal de despido) a sus obligaciones, de lo contrario operaría el reintegro y la justa indemnización.

De esta forma la finalización de las relaciones laborales se reputa como un suceso alta relevancia para la ley laboral, objeto como tal de una exhaustiva regulación dotada de algunas características particulares. (CABANELLAS, s.f.)

2.2.5.8. Principio de primacía de la realidad

Este principio apunta a evitar el fraude laboral. Normalmente aparecerá en las legislaciones laborales una disposición que señale: “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio.”

Es por ello que en caso de discordancia entre lo que surja de documentos o acuerdos escritos y lo que sucedió en la realidad, se prefiere lo último, justamente porque lo que se persigue es la verdad real y no la verdad formal. De ahí la expresión jurídica de que el contrato laboral es un CONTRATO REALIDAD. El contrato laboral depende más de una situación objetiva (cumplimiento de la prestación de servicios) que de una situación subjetiva. El contrato existe no por el mero acuerdo de voluntades sino de la realidad de la prestación por encima de las formas o acuerdos jurídicos a los que las partes hayan llegado. (CABANELLAS, s.f.)

2.2.5.9. Principio de irrenunciabilidad de derechos

Este principio se define como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas consentidas por el derecho laboral en beneficio propio”. En algunas cosas se establece en el ámbito constitucional como parte del contenido laboral, una disposición expresa en cuanto a que los derechos consagrados a favor de los trabajadores son irrenunciables; mientras que en otros, como se verá se le enuncia, también expresamente, en la propia ley ordinaria” En todo caso, relacionado con la naturaleza de orden público que se reconoce a las normas laborales, encontramos la más conocida y unánime expresión del principio de irrenunciabilidad, en aquellas normas conforme a las cuales no solo se admiten las renunciaciones que los trabajadores formulen a las disposiciones que les favorezcan, sino que en caso de producirse las mismas se reputan como absolutamente nulas.

En ese sentido no solo se declara en la ley ordinaria que “los derechos...son irrenunciables”, sino que toda renuncia disminución o tergiversación de esos derechos se declaran “nulos ipso jure”. Una función tutelar inherente al principio de irrenunciabilidad, deviene según ese enunciado como incuestionable. (CABANELLAS, s.f.)

2.2.6. Principales beneficios laborales

Los beneficios laborales son relevantes en toda relación individual de trabajo, los que se encuentran regulados en normas legales. Por ello la normatividad laboral en estos temas ha sufrido cambios radicales en nuestro país. Dentro de esta investigación encontramos las siguientes:

2.2.6.1. Compensación por tiempo de servicios

La Compensación por Tiempo de Servicios es el depósito que por Ley, le corresponde a todo trabajador, como beneficio social, por el tiempo de servicio brindado a una empresa. El depósito, efectuado por la misma empresa, sirve como fondo previsor en caso de cese. La CTS tiene como propósito fundamental prever el riesgo que origina el cese de una relación laboral y la consecuente pérdida de ingresos en la vida de una persona y su familia.

la compensación por tiempo de servicios – CTS, es considerada también por la doctrina como una remuneración diferida, es decir, que forma parte de la remuneración ordinaria (en un modelo teórico) y que el empleador descuenta mes a mes (ahorro forzoso) y lo entrega al trabajador cuando le resuelve su contrato de trabajo. La CTS cumple un doble rol: la previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y la promoción del trabajador y su familia. La CTS solo puede retirarse al término de la relación laboral, siendo lo excepcional el retiro de parte de este durante el desarrollo de la vida laboral.

Por otro lado, sobre la base de la CTS, el trabajador puede ser considerado sujeto de crédito en el sistema bancario y financiero, lo cual promueve su bienestar y el de su familia. Algunos especialistas sostienen que este derecho tiene un fundamento de justicia por ser un resarcimiento por las energías gastadas a favor del empleador. En efecto, es claro que la remuneración no es suficiente para retribuir totalmente el esfuerzo del trabajador. Este, ocasiona desgaste en la capacidad para el trabajo y en consecuencia una menor competitividad en el siempre difícil mercado laboral, donde irremediablemente tendrá que ir. (Derecho Laboral Individual., s.f)

2.2.6.2. Estabilidad laboral.

Doctrinariamente, la estabilidad laboral es una manifestación del principio de continuidad del derecho laboral (Américo Plá). Este principio (continuidad) dentro de sus múltiples manifestaciones, señala dos que son muy importantes y tienen relación con la estabilidad laboral: a La preferencia por la contratación a plazo indeterminado. A esta manifestación del principio de continuidad se le denomina estabilidad laboral de entrada, y El límite al despido ad nutum o arbitrario. A esta manifestación se le llama estabilidad laboral de salida. A estas dos manifestaciones se llama “estabilidad laboral”. El objetivo de la estabilidad laboral es proteger el derecho al trabajo e impedir los actos arbitrarios de los empleadores. La estabilidad laboral de salida, que tiene relación con la figura del despido, doctrinariamente, tiene grados diferenciados de protección:

- a) La estabilidad laboral absoluta, consiste en que, en caso de despido injustificado, el trabajador tiene derecho a la reposición en el empleo.
- b) La estabilidad laboral relativa propia, cuando existe la opción entre el pago de una indemnización al trabajador o su reposición en el empleo, decisión, que según la opción legislativa, podrá depender del propio trabajador, del juez o del empleador. En

- estos casos, suele haber pago de las remuneraciones devengadas entre el momento del despido y el de la reposición o pago de la indemnización; y,
- c) La estabilidad laboral relativa impropia, cuando el trabajador ante el despido del cual ha sido objeto, tiene derecho al pago de una indemnización. (OBREGÓN, 2016)

2.2.6.3. Suspensión del contrato de trabajo

El sustento constitucional de la suspensión de labores se encuentra, como ya ha sido adelantado, en el principio de continuidad laboral. En función al referido principio, se desprende la existencia de una vocación de conservación en el tiempo en la relación existente entre empleador y trabajador por un periodo indeterminado. Como lo señala el profesor Plá Rodríguez, el principio de continuidad “expresa la tendencia actual del Derecho del Trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral, desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”. Añade el referido autor que uno de las manifestaciones del principio de continuidad es la interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones. (LORA, 2016)

Por lo tanto se entiende por suspensión del contrato de trabajo, al cese temporal de la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. (BERNUY, 2012)

La suspensión del contrato de trabajo puede ser dividida en perfecta e imperfecta:

- a) Suspensión perfecta del contrato de trabajo: Es perfecta la suspensión del contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva. Como ejemplo encontramos el caso fortuito o fuerza mayor, licencias sin goce de haber, las sanciones disciplinarias, etc.
- b) Suspensión imperfecta del contrato de trabajo: Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores. Como ejemplo encontramos los permisos remunerados, las vacaciones, la hora de permiso por lactancia materna, etc.

2.2.6.4. Extinción del contrato de trabajo.

Se entiende por extinción del contrato de trabajo a la terminación de la relación laboral, cesando definitivamente las obligaciones a cargo del trabajador y del empleador. Causas de extinción del contrato de trabajo:

El artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el D.S. N° 003-97-TR (27.03.97), –en adelante, LPCL– señala como causas de extinción del contrato de trabajo a las siguientes: a. El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural. b. La renuncia o retiro voluntario del trabajador. c. La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad. d. El mutuo disenso entre trabajador y empleador. e. La invalidez absoluta permanente. f. La jubilación. g. El despido, en los casos y forma permitidos por la ley. h. La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la LPCL. (OBREGON, 2013)

2.2.6.5. Protección contra el despido arbitrario.

El artículo 27 de nuestra Constitución Política, nuestro legislador optó por un régimen de estabilidad laboral relativa, y en el Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), estableció que la protección adecuada frente al despido arbitrario, en el régimen de la

actividad privada, debía darse a través del pago de una indemnización, equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones. Sólo en los casos de despido nulo, es decir, aquellos que tienen como motivo un hecho que constituye una violación de derechos constitucionales, conforme a la lista taxativa que establece el artículo 29 de la LPCL, era posible la reposición en el empleo y el pago de las remuneraciones devengadas. Las únicas diferencias que establece la LPCL en el tratamiento de dicha protección frente al despido arbitrario se da respecto a (i) los trabajadores que no hayan superado el periodo de prueba; (ii) los que realizan una jornada de trabajo menor a cuatro horas diarias; y, (iii) los trabajadores con contrato sujeto a modalidad. En los dos primeros casos, dichos trabajadores no tendrían esa protección frente al despido arbitrario, mientras que en el tercer caso, la indemnización por el despido arbitrario no se calculará en función a los años de servicios, sino en función a los meses dejados de laborar hasta el vencimiento del contrato. (GUTIÉRREZ, 2003)

2.2.7. Principio de igualdad al derecho del trabajo

Igualdad y no discriminación no son la misma cosa. El principio de igualdad es el mayor, que incluye al de no discriminación. Esta es un derivado de aquella, una concreción, efecto o reflejo de la igualdad. La igualdad es el género y la no discriminación es una de sus especies. Un instrumento de la igualdad. Se trata de una prohibición (no discriminar) en el marco del objetivo de la igualdad. Para alcanzar la igualdad hay que empezar por no discriminar. La no discriminación es el contenido mínimo de la igualdad. (Uriarte)

Precisiones conceptuales: Al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptualizamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. Lo anterior conlleva que si bien lo corriente es encontrar en los textos constitucionales un artículo expreso que consagra -de manera específica- el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación, el principio de igualdad supone también un valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la Constitución recoge.

De allí que coincidamos con García Morillo cuando califica al principio de igualdad como el prototipo de un derecho relacional. Así sostiene que: "Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con -o más bien, en la regulación, ejecución o aplicación del acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por sólo poner unos ejemplos". (EGUIGUREN, s.f)

a) El derecho a la igualdad en la constitución peruana de 1993.

Luego de haber revisado y precisado algunos conceptos fundamentales y sus alcances, resulta oportuno aproximarnos al tratamiento que da la Constitución peruana de 1993 a esta materia. Y para ello encuentro importante empezar estableciendo alguna comparación con lo dispuesto en la Carta precedente de 1979. En el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1979 se establecía como un derecho de toda persona: "A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al

varón". Por su parte, la vigente Constitución de 1993, también en el inciso 2 del artículo 2, dispone que toda persona tiene derecho: "A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole": Es fácil advertir que las normas de ambas constituciones coinciden, en general, al reconocer el derecho a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación. En este punto, se puede decir que la Carta del 93 explicita la condena a otras formas de discriminación motivadas en razones de origen o de condición económica, recalcando -además- el carácter meramente enunciativo y no taxativo de dicha enumeración.

Hasta aquí no hay pues, mayor novedad o cambio sustancial. Pero el aspecto crucial que marca la diferencia en el tratamiento del derecho a la igualdad en ambas constituciones, es la supresión que hace la vigente Carta del párrafo de la anterior Constitución que -de manera progresista- superaba la visión tradicional de la igualdad formal ante la ley, consagrando la igualdad de oportunidades entre varón y mujer, y que al reconocer a ésta derechos no menores que a aquél, abría la posibilidad de que se pudieran conferir -en ciertos casos- derechos mayores a las mujeres.

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades, sin perjuicio de las disposiciones que les son propias'. (EGUIGUREN, s.f)

2.2.8. Contratación laboral en el sector público

Existen una clasificación de los contratos de trabajo la primera que se conoce está vinculada con respecto a su duración, que puede ser a plazo indeterminado y a plazo fijo.

Los contratos de trabajos, que existen en el derecho laboral nacional contienen normas y leyes que regulan diferentes regímenes laborales, e incluye dos grandes y destacados como el régimen privado y el régimen público, además de los variados regímenes laborales especiales.

Para materia de investigación nos interesa tratar brevemente solo de los contratos de trabajo aplicados en el sector público, del régimen privado regulado por el Decreto Legislativo N° 728, el contrato del régimen público regulado por el Decreto Legislativo N° 276, y el contrato administrativo de servicios que es objeto principal de investigación en este proyecto.

Empleo público: El Estado antiguo como el moderno siempre ha necesitado de brazos para ejecutar sus acciones. De allí las grandes construcciones en la Mesopotamia, Egipto, Grecia, Roma, etc. y, en la actualidad, en la prestación de importantes servicios públicos indispensables para supervivencia de las sociedades. Estos son los trabajadores o servidores del Estado, que prestan su trabajo al llamado Leviatán, bajo una relación de dependencia, llamada "régimen del empleo público" que tiene unas características particulares que son necesarias dilucidar.

La doctrina ha denominado como empleo público al conjunto de funciones y actividades esenciales y propias de la administración pública, que son realizadas por los empleados públicos. En suma, desde un punto de vista amplio, el funcionario y servidor público es toda persona que realiza o ejecuta las funciones esenciales del estado. (HARO, 2013)

Para Amalia VILLARROEL, en la investigación preparada para la OIT, en los países de América Latina a excepción de Argentina, que no utiliza el concepto de servidor público, el empleo público está regido por el derecho administrativo o algún régimen estatutario donde se establecen la regulación de relaciones laborales en el Estado. Se utilizan los términos "funcionarios públicos", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicios públicos". Es común que no se incluya en el régimen jurídico general del servicio público a los "empleados de confianza" "empleados de libre nombramiento y remoción" u otra denominación. Los trabajadores que se desempeñan en las empresas estatales, en todos los países analizados se rigen por el derecho laboral privado.

Para Roberto Dromi, el contrato de empleo público es una relación de empleo, de subordinación del sujeto particular respecto del Estado, que cumple con las funciones asignadas

al órgano institucional, sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe.

Sobre ello, Antonio Vázquez Martín señala que “la continuidad y regularidad (de los servidores públicos) determinan el régimen público de los bienes, persona o actividad servicial la forma jurídica adquiere todo su dimensión al posibilitar y obligar al buen funcionamiento servicial. Todo un régimen jurídico apoya la gran tarea administrativa: satisfacer la necesidad humana insatisfecha por la iniciativa privada. La finalidad de los medios humanos materiales y formales de un servicio público no es otra cosa que la satisfacción de las necesidades sociales concretas, tanto en momento normal como en el huelguístico de su personal”. (HARO, 2013)

Se produce una subordinación de todo interés distinto a esa finalidad esencial para el Estado y la sociedad. GARCÍA DE ENTERRIA, reflexionando sobre la administración pública española señala que “si importa decir que tanto una como otra de estas dos excrecencias patológicas, que son prebendalismo y el parasitismo, implican una grave esclerosis de la estructura o esclerosis de las estructuras administrativas, lo cual constituye un defecto central desde el punto de vista de la técnica organizacional”.

La finalidad de la administración pública, expuesta en los párrafos anteriores, origina la atribución del Estado de organizar libremente el derecho del empleo público. Existe entonces, en principio, una potestad de organización que pueda ejercerse con libertad de formas y contenidos; de allí que en el ámbito de derecho interno y comparado se presentan importantes experiencias sobre reformas del derecho del empleo público, producidas principalmente en las décadas de 1980 y 1990 en Estados Unidos, España, como en otros países.

La titularidad de la potestad organizadora es un tema que suscito discusiones en la doctrina del Derecho Administrativo. ¿Quién detenta la potestad: los parlamentos o el Poder Ejecutivo? Sobre ello, aunque el tema no es pacífico aun, el desarrollo de los sistemas democráticos y la expansión de los derechos humanos han orientado la titularidad a los parlamentos. De esta manera en nuestro país, la creación, modificación y extensión de la estructura orgánica y funcional básica de la administración pública viene siendo determinada por la Ley, pero el ejecutivo se ha reservado la iniciativa legislativa en esta materia al establecer la novísima Ley Orgánica del Poder Ejecutivo esta facultad. (HARO, 2013)

Entre los autores peruanos destaca el profesor Gustavo Baca Corzo, quien manifiesta que se ha debatido mucho sobre la naturaleza jurídica del empleo público, materia altamente controversial, que puede verse en cualquier tratado de Derecho Administrativo.

Según dicho autor tres corrientes se esforzaban por encontrar respuestas ampliamente satisfactorias: la privatista, la publicista y la ecléctica. Sostiene que en la actualidad gana consenso la publicista, que, teniendo un antecedente en una praxis estatista, hoy se traduce en lo que se denomina la teoría estatutaria.

Para PATRÓN FAURA y PATRÓN BEDOYA, destacados especialistas en Derecho Administrativo, la relación jurídica que existe entre el Estado y sus servidores civiles supone, en principio, un vínculo laboral para la prestación de servicios públicos a la nación, en la cual se establece una corriente recíproca de obligaciones y derechos entre las partes. No es contrato común, pues posee características propias que los distinguen de los demás contratos laborales. (HARO, 2013)

2.2.9. Regímenes laborales en el Perú

El servicio civil engloba a todas las personas que trabajan para el Estado. Para lograr una administración pública profesional eficaz al servicio de la ciudadanía, debe contarse con una

carrera que permita atraer y retener el talento humano. En la actualidad, existen 15 regímenes laborales en las entidades del Estado, entre generales y especiales, lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos.

En tanto se implemente de modo integral la nueva Ley del servicio civil, el sistema administrativo de gestión de recursos humanos comprenderá a los regímenes de carrera y formas de contratación de servicios de personal utilizados en la administración pública, con excepción de algunos regímenes especiales. (AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, 2010)

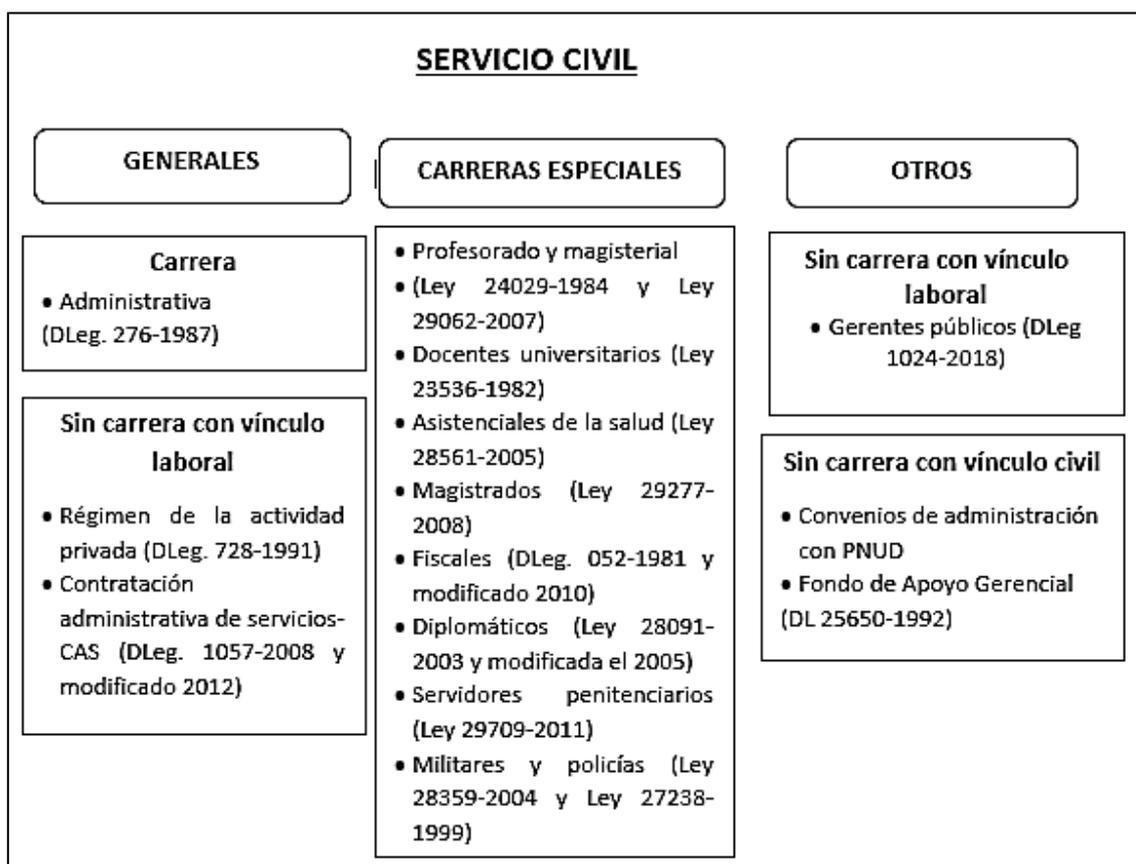


Figura 1. Regímenes laborales en el Perú.

Fuente: (AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, 2010)

2.2.10. El contrato administrativo de servicios

El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1057; establece que el Contrato Administrativo de Servicios es una modalidad del derecho administrativo y privativo del Estado; que se regula por la misma norma y que no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen de la actividad privada ni a otras que regulan carreras administrativas especiales.

El propósito de la norma es tomar la acción normativa necesaria respecto de la situación generada por la desnaturalización de los contratos de Servicios No Personales, intentando con ella cortar cualquier posible similitud de esta figura contractual con las antiguas modalidades laborales o administrativas. Sin embargo consideramos que al haberse expedido este decreto, el Estado no ha hecho otra cosa más que reconocer que en las décadas pasadas desnaturalizó los

contratos de Servicios No Personales creados, como ya dijimos anteriormente, para cubrir necesidades específicas con la prestación de servicios autónomos y no subordinados.

De otro lado consideramos que la norma de contratación administrativa de servicios, adolece de un grave defecto y es que esta nueva disposición no hace referencia expresa alguna al tipo de servicio que se prestara a través de esta modalidad, es decir, no hay referencia al objeto de los servicios, con lo cual la definición legal es insuficiente. (BELTRÁN, 2013)

2.2.10.1. Naturaleza jurídica

Es una modalidad contractual de la administración pública, privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas de derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008- PCM.

No está sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial. (PACÍFICO, 2012)

2.2.10.2. Finalidad

Hablar de la finalidad del régimen de Contratación Administrativa de Servicios, aquella la encontramos establecida en el artículo N° 1 del Decreto Legislativo N° 1057 el cual a letra dice lo siguiente:

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

2.2.10.3. Requisitos para su celebración

El artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1057, establece como requisitos mínimos para la celebración de contratos administrativos de servicios los siguientes:

- a) Requerimiento realizado por la dependencia usuaria.
- b) Existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

Si bien el Decreto Legislativo N° 1057 no lo señala de manera expresa, el requerimiento debe de incluir, entre otros, los siguientes puntos:

- i. El detalle de las labores que serán desempeñadas por la persona a contratarse.
- ii. El perfil del puesto, con la mención de los requisitos que debe de reunir el futuro contratado.

- iii. La descripción de las etapas que seguirá el proceso de contratación.
- iv. La justificación de la necesidad de la contratación.
- v. El documento que acredite la existencia de la disponibilidad presupuestaria, emitido por el órgano competente de la entidad.

Es importante agregar, que en el marco del Decreto Legislativo N° 1057, sólo exigía dos (2) requisitos para la contratación administrativa de servicios, a saber.

- i. El requerimiento del área usuaria del servicio; y
- ii. El presupuesto aprobado o también conocido en el lenguaje de la administración pública como la “disponibilidad presupuestal”.

El Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, amplía los requisitos, estableciendo para ello, un procedimiento de selección, en el cual se puede distinguir con certeza la existencia de etapas y el período de evaluación. (MARTIN R. , s.f)

2.2.10.4. Duración

El Contrato Administrativo de Servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal y debe formalizarse por escrito antes del vencimiento del plazo del contrato o de la prórroga o renovación anterior.

En caso el trabajador continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación, el plazo de dicho contrato se entiende automáticamente ampliado por el mismo plazo del contrato o prórroga que este por vencer, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los funcionarios o servidores que generaron tal ampliación automática. Para tal efecto, la entidad contratante informa al trabajador sobre la no prórroga o la no renovación, con una anticipación no menor de cinco (5) días hábiles previos al vencimiento del contrato. (INFANTES, 2011)

2.2.10.5. Derechos reconocidos

Es a partir del análisis de las disposiciones del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1057, que describe el contenido mínimo del contrato administrativo de servicios y del Capítulo III del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, se desprende cuáles son las obligaciones y derechos del contratado, es en la cláusulas sexta y séptima del “Modelo del contrato administrativo de servicios”, donde se señala expresamente cuáles son las obligaciones generales y los beneficios del contratado, respectivamente.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que las obligaciones generales del contratado son:

- a) Cumplir con las obligaciones a su cargo derivadas del Contrato Administrativo de Servicios, así como las normas y directivas internas vigentes de LA ENTIDAD que resultasen aplicables a esta modalidad contractual.

- b) Cumplir con la prestación de servicios pactados, según el horario que oportunamente le comunique LA ENTIDAD.
- c) Permitir a LA ENTIDAD la supervisión de la ejecución del servicio, sin necesidad de autorización previa, cuando así lo considere conveniente.
- d) No revelar, entregar o poner a disposición de terceros, salvo autorización expresa de LA ENTIDAD, la información proporcionada por ésta para la prestación de servicios y, en general, toda la información a la que tenga acceso o la que pudiera producir con ocasión del servicio que presta. Asimismo, se abstendrá de realizar acciones u omisiones que pudieran perjudicar o atentar contra la imagen institucional de LA ENTIDAD, guardando absoluta confidencialidad.
- e) Adoptar las medidas de seguridad que garanticen la integridad de la documentación que se proporciona, la misma que será devuelta al término de la prestación del servicio o cuando corresponda.
- f) No delegar ni subcontratar total ni parcialmente la realización del servicio contratado, teniendo responsabilidad por su ejecución y cumplimiento.

Asimismo, los beneficios o derechos del contratado son:

- a) Percibir la contraprestación mensual acordada.
- b) Gozar de (24) horas continuas mínimas de descanso semanal. Dicho descanso se tomará todos los domingos de cada semana, salvo pacto en contrario.
- c) Descansar (15) días calendarios continuos por año cumplido. Para el ejercicio de este descanso; a falta de acuerdo, decidirá LA ENTIDAD.
- d) Para el caso de nuevos contratos: Gozar efectivamente de las prestaciones de salud de ESSALUD. En estos casos para el goce de las prestaciones de ESSALUD, los beneficiarios deberán cumplir con el periodo de carencia. Para el caso de contratos por sustitución: Gozar efectivamente de las prestaciones de salud de ESSALUD, los beneficiarios no deben de cumplir con el periodo de carencia.
- e) Para el caso de nuevos contratos: Afiliación a un régimen de pensiones. El contratado deberá presentar la declaración jurada especificando el régimen de pensiones al que desea estar adscrito o al que ya se encuentra adscrito. Para el caso contratos por sustitución: afiliación a un régimen de pensiones.

Si decide optar por afiliarse entonces, el contratado presentará la Declaración Jurada especificando el régimen de pensiones al que desea estar adscrito o al que ya se encuentra adscrito. Si decide optar por no afiliarse, no tendrá que presentar dicha Declaración Jurada.

Por otro lado, las obligaciones de la entidad contratante pueden resumirse en:

1. Garantizar al contratado los derechos establecidos expresamente en el contrato y que forman parte de su contenido mínimo establecido en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1057.

2. Brindar al contratado los medios y mecanismos necesarios para la prestación efectiva del servicio, garantizando la disponibilidad de los mismos.
3. Evaluar el desempeño del contratado, de conformidad con lo establecido en la Quinta Disposición Complementaria final del Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, entidad rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, y el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1025, que aprueba las normas de Capacitación y Rendimiento para el Sector Público.
4. Supervisar, a través de las Oficinas de Control Institucional (OCI) el cumplimiento de las obligaciones del contratado así como las que le corresponden a la entidad para con aquel.

Finalmente, las facultades de las entidades pueden clasificarse en dos principales:

- a) Facultad de fijar horarios y jornadas de trabajo, lo cual incluye la facultad de establecer un registro de control de asistencia, efectuar descuentos por tardanzas en el horario de trabajo y compensar horas trabajadas en exceso del mismo.
- b) Modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que es la facultad que tiene la entidad de variar el lugar, tiempo y modo de la prestación de los servicios, sin que ello implique la celebración de un nuevo Contrato Administrativo de Servicios, siempre que existan razones objetivas debidamente justificadas. (MARTIN R. , s.f)

2.2.10.6. Prohibiciones contenidos en la ley

No pueden celebrar contratos administrativos de servicios las personas con inhabilitación administrativa o judicial para el ejercicio de la profesión. Para contratar con el Estado o para desempeñar función pública.

Están impedidos de ser contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios quienes tienen impedimento, expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, para ser postores o contratistas y/o para postular, acceder o ejercer el servicio, función o cargo convocado por la entidad pública.

Es aplicable a los trabajadores sujetos al Contrato Administrativo de Servicios la prohibición de doble percepción de ingreso establecida en el artículo 3° de la ley N° 28175. Ley Marco del Empleo Público. Así como el tope de ingresos mensuales que se establezca en las normas pertinentes. (INFANTES, 2011)

2.2.11. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 31 DE AGOSTO DE 2010

PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD

Más de 5,000 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N. ° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

Magistrados firmantes

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

EXP. N. ° 00002-2010-PI/TC

LIMA

Más de 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Calle Hayen, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

DECRETO LEGISLATIVO N° 1057

DECRETO LEGISLATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

Artículo 1.- Finalidad

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

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

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

Artículo 3.- Definición del contrato administrativo de servicios

El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativo del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad.

Artículo 4.- Requisitos para su celebración

Son requisitos para la celebración del contrato administrativo de servicios:

- 4.1 Requerimiento realizado por la dependencia usuaria.
- 4.2 Existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

Artículo 5.- Duración

El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable.

Artículo 6.- Contenido

El contrato administrativo de servicios comprende únicamente lo siguiente:

- 6.1. Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.
- 6.2. Descanso de veinticuatro (24) horas continuas por semana.
- 6.3. Descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido.
- 6.4. Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD.

A estos efectos, la contribución tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.

- 6.5 a afiliación a un régimen de pensiones es opcional para quienes ya vienen prestando servicios a favor del Estado y son contratados bajo el presente régimen; y, obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada en vigencia.

A estos efectos, la persona debe elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

Artículo 7.- Responsabilidad administrativa y civil

Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurren en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al Estado.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios.

SEGUNDA.- Las prohibiciones de contratación de servicios no personales reguladas en las normas de presupuesto son aplicables a la contratación administrativa de servicios a que se refiere la presente norma.

TERCERA.- Queda prohibido a las entidades del Sector Público cubrir cargos de naturaleza permanente a través de empresas de servicios especiales o de servicios temporales o de cooperativas de trabajadores. Sólo se autoriza la contratación de personal a través de empresas o cooperativas intermediarias de mano de obra cuando se trate de labores complementarias, expresamente calificadas como tales, o para cubrir la ausencia temporal de un servidor permanente, sin que tal cobertura pueda sobrepasar de tres meses.

CUARTA.- Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- Las entidades a que se refiere la presente norma que tengan celebrados contratos sujetos a sus alcances deberán proceder a los registros pertinentes en ESSALUD, en un plazo no mayor de 30 días calendario contados a partir de su entrada en vigencia.

SEGUNDA.- El período de carencia regulado en el artículo 10 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, no es exigible a los contratos administrativos de servicios vigentes a la entrada en vigencia de la presente norma.

TERCERA.- En caso una persona, una vez afiliado en un sistema pensionario, voluntariamente acepte efectuar aportes por un período de servicios anterior a la presente norma, el mismo se efectuará sin intereses, moras ni recargo alguno, en un plazo en meses igual al doble del número de cotizaciones que efectúe. Los aportes serán registrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o por la Administradora de Fondos de Pensiones elegida por aquél, como efectuados en el mes en que se abonan.

CUARTA.- El presente Decreto Legislativo entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, salvo por el numeral 6.4 del artículo 6 de la presente norma hasta que se apruebe el financiamiento correspondiente. En ningún caso reconoce o genera derechos con carácter retroactivo.

QUINTA.- Mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se aprobará el Reglamento del presente Decreto Legislativo, dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario de su publicación.

III. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

Con fecha 8 de enero de 2010, los recurrentes interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, Ley que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, impugnando sus artículos 1º, 2º, 3º, 5, 6.1º y 6.2º, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, por considerar que dicho dispositivo vulnera los siguientes artículos de la Constitución: 2.2º (derecho a la igualdad ante la ley, 104º (delegación de facultades); 25º (jornada ordinaria de trabajo), 23º tercer y cuarto párrafo (el Estado y el Trabajo), 24º (derechos laborales del trabajador), 26.1º (principio de igualdad de oportunidades sin discriminación), 27º (protección del trabajador frente al despido arbitrario), 42º (derecho de sindicación de los trabajadores públicos) y 103º cuarto párrafo (prohibición de abuso de derecho).

Los fundamentos de la demanda, alegando la inconstitucionalidad formal de la norma impugnada, son los siguientes:

· El Decreto Legislativo N.º 1057 fue expedido por el Poder Ejecutivo al amparo de facultades delegadas otorgadas por el Congreso de la República mediante Ley N.º 29157, que delega facultades de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. En el artículo 2º de la Ley autoritativa se detallaban las materias específicas respecto de las que se delegaban facultades, mientras que en el artículo 2.2º, a criterio de la parte demandante, se apuntaba a evitar excesos de legislativos por parte del Poder Ejecutivo, de manera que los decretos legislativos que se expidan guarden coherencia y consecuencia con cada uno de los compromisos expresamente fijados en el acuerdo comercial y sirvan para mejorar la competitividad económica del país, de manera que el Poder Ejecutivo estaba prohibido de regular un tema que no formara parte de los compromisos asumidos por el TLC. Ello además es concordante con lo expuesto en el artículo 104º de la Constitución que en su primer párrafo dispone la posibilidad de delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo, siempre que sea sobre materia específica, siendo evidente que la legislación que exceda la materia, devendrá en inconstitucional. En ese sentido se cita el fundamento 25 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 0047-2004-PI/TC, expedida por el Tribunal Constitucional.

· Respecto a si lo regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057 se circunscribe a los parámetros de la materia delegada en el artículo 2.1º de la Ley N.º 29157, la parte demandante cuestiona si el Contrato Administrativo de Servicios se introduce en la materia de modernización del Estado, prevista en el artículo 2.1.b) de la Ley N.º 29157.

La Ley N.º 27658 – Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, describe este concepto como el desarrollo de una correcta y eficiente administración pública estatal y en su artículo 5º detalla las principales acciones en las que se sustenta el proceso de modernización de la gestión del Estado. Sin embargo, no establece la necesidad de crear un sistema de contratación administrativa o de contratación laboral; en ese sentido, la ley precisa que el proceso de modernización del Estado se sustenta en:

- Priorizar la labor de desarrollo social.
- La concertación entre la sociedad civil y fuerzas políticas.
- La descentralización del Gobierno.
- La mayor eficiencia en la utilización de recursos del Estado.
- Revalorizar de la carrera pública (con énfasis en la ética pública).
- Institucionalizar la evaluación de gestión por resultados.

- Regularizar de las relaciones sectoriales.

De otro lado, citando a la consultora Pierina Polarrollo Giglio quien elaboró el documento Modernización del Estado, se señala que no se ha considerado que un sistema de contratación administrativo de servicios en la administración pública, forme parte del proceso de modernización del Estado, dado que únicamente se consideran los siguientes lineamientos:

- Mayor transparencia en la rendición de cuentas.
- Simplificación de trámites administrativos y trabas burocráticas.
- Mejoramiento de la organización y funcionamiento del Estado.
- Profesionalización de la administración pública.
- Descentralización adecuada del Estado.

Por ello, la modernización del Estado no tiene que ver con un nuevo sistema de contratación y menos con un sistema de contratación administrativa no laboral, que lo único que va a generar es mayor carga de servidores públicos sin línea de carrera y sin derechos laborales, desnaturalizándose los objetivos de la modernización estatal, que son los de eliminar la burocracia y optimizar su eficiencia.

· En relación a si el CAS forma parte del TLC, precisan que los compromisos adoptados en materia laboral (Capítulo 17 del TLC) están referidos a proteger y reforzar el sistema laboral bajo el que se encuentran los trabajadores de los agentes económicos de nuestro país (privados), quienes serán los únicos que van a comerciar con EEUU, pero no hay obligación del Estado en introducir una reforma del sistema de contratación de personal en la administración pública.

En el precitado capítulo el Estado Peruano se compromete a mantener en sus leyes y reglamentos el respeto a los derechos fundamentales de asociación, negociación colectiva y eliminación de discriminación entre empleo y ocupación; sin embargo, se ha expedido la norma que crea el CAS como un régimen laboral, por el que se impide al servidor CAS la posibilidad de asociarse a un sindicato, lo que también le imposibilita para iniciar una negociación colectiva, promoviendo una situación de discriminación respecto de los servidores de este régimen o de los del régimen laboral público, así como con los del régimen laboral privado.

Por ello concluye manifestando que el CAS no forma parte de los compromisos asumidos por el Estado en el TLC con Estados Unidos, por lo que la norma impugnada es inconstitucional por exceder las facultades delegadas.

· Finalmente, en relación a si el CAS genera mayor competitividad del Estado, la parte demandante se remite al Plan Nacional de Competitividad elaborado por Consejo Nacional de Competitividad, en el que se establecen las políticas de gobierno y medidas que deben adoptarse en el corto y mediano plazo para proveer competitividad económica a nuestro país; entre ellas se establecen:

- Priorizar la labor de desarrollo social.
- Innovación tecnológica.
- Educación.
- Fortalecimiento institucional (reglas claras y estabilidad jurídica).
- Política económica, mercados financieros y de capitales.
- Infraestructura.

- Medio ambiente.

El gobierno en su diseño de estrategias para su plan de competitividad no tiene una medida como la de mejorar o reformar su sistema de contratación laboral estatal o el ingreso a la administración pública; y menos aún introducir un novísimo sistema como el CAS, pues el régimen económico no va a generar o coadyuvar mayor competitividad económica al Estado, pues el concepto está referido básicamente a la relación Estado – agentes económicos privados y no a la relación Estado – sector público.

Los fundamentos de la demanda, alegando la inconstitucionalidad material de la norma impugnada, son los siguientes:

· Aplicando el test de igualdad para establecer si se ha vulnerado el derecho principio de igualdad previsto en el artículo 2.2º de la Constitución, para verificar si el régimen de CAS es razonable y necesario, llega a la siguiente conclusión:

- Sub examen de idoneidad: No resulta razonable que existiendo dos regímenes laborales para el ingreso y acceso a la administración pública, como los contenidos en los Decretos Legislativos N.º 276 y N.º 728, se introduzca un tercer régimen, sin los mismos derechos que ofrecen los anteriores y promueva expresamente su carácter no laboral pese a obligar a trabajar 8 horas diarias, a cambio de una contraprestación económica y 15 días de vacaciones, mientras que un servidor del régimen laboral público o privado que efectúa el mismo trabajo y con el mismo horario va a recibir una remuneración completa, 30 días de vacaciones y una compensación por tiempo de servicios, lo que demuestra la inidoneidad de la norma impugnada.

- Sub examen de necesidad: El acceso a la administración pública estaba regulado en el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 276, norma que ha sido refrendada por la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, así como en el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 1057; por ello, no se entiende cuál era la necesidad de crear un nuevo sistema de ingreso a la administración pública, si ya existía un sistema alternativo claro y definido. Asimismo, a las entidades públicas de derecho privado se les permite el uso del régimen de contratación laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo N.º 728, el que permite el ingreso de servidores públicos al Estado con no menos derechos laborales, por lo que no es necesario aplicar el CAS en dichas entidades.

- Sub examen de proporcionalidad: El Decreto Legislativo N.º 1057 no tiene justificación legal o fáctica, sino, tal vez, económica, por lo que su expedición era innecesaria por existir vías alternas de contratación de personal para el sector público (Decretos Legislativos N.º 276 y N.º 728); por ello debía promoverse estos caminos y no crear uno nuevo con el propósito de desmejorar el acceso al empleo público y evitar el pago de derechos laborales para hacer caja. La situación de desigualdad que genera y promueve alienta el tratamiento laboral discriminatorio en una entidad del Estado y por tanto vulnera del principio-derecho de igualdad ante la Ley.

· Sobre la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo N.º 1057, ambos artículos introducen un régimen administrativo carente de derechos laborales, por encima incluso de los regímenes existentes, lo que vulnera el artículo 22º de la Constitución. Se crea así un régimen de contratación administrativa de servicios, carente de derechos laborales, el que conviviría con otro que sí provee derechos mínimos, lo que genera una situación de desigualdad dentro del mismo centro de trabajo. Además existe contradicción entre el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 1057 con los demás artículos del mismo, cuando se establece que la finalidad de la norma es garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo, mientras que el resto del decreto legislativo solo prohíbe cualquier posibilidad de que este régimen sea confundido con los otros dos existentes; por ello, también es contradictorio lo expuesto en los artículos 5º y 6, respecto al carácter temporal y determinado pero

renovable ilimitadamente, sin recibir una remuneración, sino una retribución económica o contraprestación no laboral.

· Se cuestiona la constitucionalidad del artículo 3° porque desde que se impone la obligación de trabajar 48 horas a la semana, dentro de la sede, se ha reducido el contenido esencial del derecho al trabajo, a través de una legislación para peor en materia laboral, desprovista de justificación legal. Esta modalidad abusa de la necesidad de trabajo para proveerse de servidores en situación de desigualdad que no podrán hacer carrera, los que además están expuesto a la arbitraria decisión del empleador para ser despedidos, generando una situación de permanente inestabilidad.

Si se pretendía introducir el CAS como una modalidad de empleo productivo, se ha fallado en el intento, pues dicho término significa un empleo provisto de beneficios laborales y de seguridad social. El CAS no provee casi ningún beneficio laboral, salvo las vacaciones de 15 días, por lo que no constituye una forma de empleo productivo.

El artículo 3° precitado también contraviene el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución, pues termina de consumir la desprotección de derechos constitucionales básicos como a la sindicación y negociación colectiva, así como a la protección adecuada contra el despido, pues en el Decreto Legislativo N.° 1057 no se ha contemplado el ejercicio de estos derechos, lo que rebaja la dignidad de los trabajadores. Respecto a la sindicación también se expone que se ha contravenido el artículo 42° de la Constitución, que reconoce tanto este derecho como el de huelga.

También se detalla que la norma en comentario contraviene el TLC, dado que el Estado se comprometió a respetar los derechos fundamentales de asociación, de negociación colectiva y de eliminación de la discriminación entre empleo y ocupación; de otro lado, el Decreto Legislativo N.° 1057 introduce una incuestionable desigualdad en el sector público, al crear el CAS, el que no puede competir con los regímenes laborales existentes, lo que contraviene el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, como lo establece el artículo 26.1° de la Constitución.

Como prueba de la desigualdad que genera el CAS, es que frente a una misma labor realizadas por dos servidores públicos, uno de ellos perteneciente al CAS y el otro a cualquier otro régimen laboral, el Estado les retribuirá de manera distinta, a uno le pagará gratificaciones y CTS completas, mientras que al servidor del CAS no, además que no podrá hacer carrera pública y no tendrá protección frente al despido.

· Precisa que el artículo 5° es inconstitucional pues no establece un límite temporal para la vigencia del CAS, permitiendo su vigencia indefinida, sin que en algún momento pueda gozar de algún beneficio laboral adicional o derecho constitucional, sin la posibilidad de pasar a planilla laboral e igualar a su compañero de trabajo que sí goza de tales derechos.

Esto es considerado grave porque los regímenes laboral público y privado regulan periodos temporales de ingreso, siempre limitados (3 y 5 años, respectivamente) pero siempre sujetos a vínculo laboral; en el régimen público un servidor contratado solo podrá ser renovado por un plazo máximo de 3 años, en cuyo caso pasa a ser nombrado, mientras que en el régimen laboral privado ello ocurre cuando transcurren 5 años, convirtiéndose el contrato en uno a plazo indeterminado. Ello no se aprecia en el CAS, situación que genera un abuso de derecho no amparado por la Constitución –artículo 103°– dado que deben respetarse los derechos fundamentales y su acceso a ellos debe ser progresivo, por lo que resulta incomprensible que el Poder Ejecutivo imponga una norma que establezca una situación permanente e ilimitada, ausente

de derechos básicos. Lo expuesto también importa la afectación del artículo 23º tercer párrafo de la Constitución.

- En relación al cuestionamiento de los artículos 6.1º y 6.2º, estos dispositivos repiten la jornada ordinaria de trabajo (8 horas) y el descanso semanal (24 horas), elementos constituyentes del contrato de trabajo y de toda relación laboral; sin embargo, los demás artículos insisten en reiterar el carácter no laboral del régimen CAS.

- Se expone que el Decreto Legislativo es inconstitucional, así como su reglamento, porque no contiene ninguna precisión en relación a la extinción del contrato administrativo; por su parte el reglamento solo configura la posibilidad de que el trabajador puede ser despedido por decisión unilateral e injustificada sin la posibilidad de que reciba algún beneficio económico que repare esta decisión, por lo que deberá recurrir ante del Poder Judicial para que se ordene el pago de los meses dejados de percibir hasta un máximo de dos meses, con lo que dicho reglamento resulta más draconiano que la propia ley. Todo ello constituye una afectación del artículo 27º de la Constitución.

- Sustenta también la ilegalidad del CAS en la función médica, dado que existen leyes especiales para los profesionales de la salud, como el Decreto Legislativo N.º 559 (Ley de Trabajo Médico), Ley N.º 27878 (Ley del Trabajo del Cirujano Dentista) y la Ley N.º 28173 (Ley del Trabajo del Químico Farmacéutico, que exigen que el ingreso a la carrera pública solo se haga a través del nombramiento (Decreto Legislativo N.º 276) o con contrato a plazo indeterminado (Decreto Legislativo N.º 728).

- En caso que el Tribunal Constitucional opte por mantener la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1057, incluso como un régimen temporal, ello va a generar acciones ante el Poder Judicial para el reconocimiento de los beneficios laborales que correspondan al principal régimen de contratación que predomine en la entidad estatal, sustentados en el principio de primacía de la realidad, como ha ocurrido en el caso de los servicios no personales.

- Por ello el Tribunal Constitucional debe emitir una sentencia interpretativa estimatoria, en la que se disponga la inconstitucionalidad de los contratos CAS, pero al mismo tiempo la permanencia temporal de dichos puestos de trabajo en la perspectiva de un pase progresivo de estos trabajadores a la planilla regular de la entidad estatal, según corresponda. Resulta pues necesario que se expida una sentencia aditiva para efectos de introducir en la ley impugnada una disposición interpretativa que regule una adecuada protección frente al despido del trabajador.

2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 10 de junio de 2010, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia se apersona al proceso y contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- La ley autoritativa necesariamente debe contener dos aspectos; las materias específicas que definen el marco de facultades legislativas otorgadas; y el plazo en que se puede ejercer la delegación concedida. También es evidente que la norma autoritativa jamás contiene disposiciones genéricas, sino reglas precisas, detalladas y exactas con relación a la materia objeto de delegación.

Se trata de normas temporales que cuenta con un periodo de vigencia determinado.

- Las actividades delegadas difícilmente podían estar circunscritas única y exclusivamente a la materia comercial, toda vez que se pretendía una delegación normativa para establecer reformas estructurales de manera célere y técnica, sobre todo en aquellos casos en los que la referida modificación estructural supondría una asunción más intensa de competencias o funciones públicas. En ese contexto, algunas de las materias delegadas tienen la característica de una imperativa reforma estructural, la que debido a que no está vinculada a la materia en forma directa (comercial), sino al órgano, debe ser integral, siendo algunas de ellas la facilitación del comercio y la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa y modernización del Estado.

No es factible que una reforma y modernización del Estado se circunscriba y limite solo al ejercicio de competencias vinculadas a la inversión privada, pues el perfeccionamiento institucional del Estado no debe ser visto únicamente desde una óptica de la entidad, dado que el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr fines superiores a él.

- Como se ha señalado en la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, la administración pública debe estar orientada por principios y valores tales como la primacía de los ciudadanos, manejo responsable, priorización de necesidades, implementar la revalorización de la carrera pública, su orientación por resultados y evaluaciones de manera que permita el surgimiento de la meritocracia, con profesionales honestos y de calidad; en esa perspectiva, para el cumplimiento de los fines contenidos en la norma autoritativa, se requiere de una reforma estructural dirigida no solo al establecimiento de mecanismos más céleres de realización de actos vinculados al comercio internacional, sino que también debe ir acompañada de la renovación del aparato que agrupa a aquellos que ejercen la administración pública, esto es, una real modernización del Estado.

- Para la promoción de la inversión privada no sólo se debe brindar seguridad jurídica sino también irradiar una imagen de Estado moderno, ágil y respetuoso de las normas constitucionales. Por ello, considera que para satisfacer los fines de la ley autoritativa ésta no debe ser vista de manera restrictiva sino desde una perspectiva teleológica que propenda a garantizar que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano y mejore la calidad de la información, de la atención y de los servicios prestados; por ello debe entenderse la ley autoritativa no como una norma pensada para reformas parciales en materia comercial, sino como una pauta preceptiva que apunte a la modernización real e integral de las relaciones Estado-sociedad.

· En relación al principio-derecho de igualdad ante la ley sin discriminación, y a los derechos al trabajo y a la jornada laboral, a la sindicación y a la negociación colectiva, así como a la prohibición del despido arbitrario, se precisa que el Decreto Legislativo N.º 1057 no afecta el principio-derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que no se considera discriminaciones las acciones legislativas que promueven la igualdad real de oportunidades; dicha norma reconoce que dentro del proceso de modernización del Estado se brinda una igualdad de oportunidades para acceder a la contratación administrativa de servicios en las entidades estatales, garantizando los principios de méritos y capacidad así como el profesionalismo en la administración pública.

· Para analizar un caso de discriminación ante la ley, es necesario emplear el test de proporcionalidad aplicado al principio-derecho de igualdad; en ese sentido, existe la obligación de asegurar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia que deriva de aquel.

· A través del Decreto Legislativo N.º 1057 se ha incorporado a los servidores antes contratados bajo la modalidad de contratos civiles de locación de servicios no personales, dentro de los cánones que establece la Constitución, reconociéndolo dentro de un régimen especial de contratación administrativa de servicios aplicable a las entidades públicas sujetas al Decreto

Legislativo N.º 276 y otras normas especiales, así como a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, beneficiándose ahora con la observancia de un horario y jornada de trabajo que no exceda de 48 horas semanales, con derecho a descanso semanal de 24 horas continuas, de 15 días calendario de descanso físico por cada año cumplido y la afiliación del régimen contributivo que administra ESSALUD para desarrollar sus actividades con tranquilidad.

· Establecer 48 horas de prestación de servicios a la semana como máximo no vulnera lo previsto en el artículo 25º de la Constitución; del mismo modo, el descanso físico por 24 horas continuas no constituye una desigualdad con los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública o privada. De otro lado, el goce de 15 días de descanso físico por cada año cumplido no está condicionado al cumplimiento de los requisitos que sí son exigibles a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada (labor efectiva de 260 días en dicho periodo), lo que constituye una evidente ventaja para los servidores CAS.

· Antes de promulgarse el Decreto Legislativo N.º 1057, el Decreto Legislativo N.º 276 regulaba el acceso e ingreso de servidores a la Administración Pública; de otro lado, a través de las normas que regulan el presupuesto del Sector Público, de manera excepcional se autorizó la contratación de personal bajo la modalidad de servicios no personales, contrato que no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios, ni tampoco una adecuada precisión legal.

· El régimen de contratación administrativa de servicios está orientado a regular la situación jurídica de las personas que prestan servicios para la administración pública en regímenes distintos a los regulados por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, así como por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. La regulación de esta situación anómala (servicios no personales), constituye un beneficio por el reconocimiento de derechos contenidos en la Constitución.

IV. FUNDAMENTOS

§ Análisis sobre la Forma

1. La pretendida inconstitucionalidad formal del Contrato Administrativo de Servicios

1. Por la Ley N.º 29157, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (en adelante “TLC” o “ALC”), y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. En su artículo 1º la precitada norma establece que la finalidad de dicha delegación es “facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento”, sustentándose para ello en los artículos 101.4º y 104º de la Constitución, así como en los artículos 76.1.dº y 90º del Reglamento del Congreso de la República.

2. El artículo 2º de la misma norma precisa tanto las materias como el plazo durante el cual se delegan las facultades allí detalladas.

3. Se ha cuestionado la inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo N.º 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, norma que conforme se dispone en su artículo 1º, tiene por objeto regular “el régimen especial de contratación

administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública”.

4. Entre las objeciones esgrimidas para cuestionar este dispositivo se ha alegado que el objeto de la delegación de facultades era para mejorar la competencia económica del país, por lo que, en relación a la modernización del Estado, no hay justificación para crear un sistema de contratación administrativa no laboral como el creado por el Decreto Legislativo N. ° 1057.

5. Este Colegiado observa que en el artículo 2.1.b° de la norma que contiene las facultades delegadas, se exponen las materias que comprenden, todas vinculadas a la “mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado”, ello dentro de “los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento” (artículo 2.2°).

6. Resuelta pues necesario interpretar ambas disposiciones de la ley –la facultad delegada expresada y el objetivo de ella-, ya que mientras el artículo 2.2° pretende limitar las competencias delegadas a la implementación del ALC, el artículo 2.1.b° de la norma, al detallar las facultades delegadas, hace una referencia genérica a la modernización del Estado, sin advertir que esa materia es mucho más amplia de lo que pretende la parte demandante –como si únicamente estuviera referida al contenido de la Ley N.° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, la que además está referida a aspectos de gestión, como su nombre lo señala–; esto es, que abarca conceptos tales como la falta de transparencia, el exceso de trámites burocráticos, la desorganización existente dentro de las instituciones públicas para el cumplimiento de fines y metas, etc.

En ese sentido, el proceso de modernización del Estado debe abarcar aspectos y deficiencias estructurales advertidas en su funcionamiento, de modo que, resolviendo los problemas identificados, mejore la gestión del Estado. Esta inconsistencia debe ser resuelta, de preferencia, tomando en cuenta la preponderancia que tiene la competencia expresamente delegada respecto de la temática en la que se le pretende enmarcar.

7. Un componente importante en este proceso de modernización resulta ser el funcionamiento del aparato burocrático del Estado, en el que se advierte la coexistencia de dos regímenes laborales de distinta naturaleza –conocidos como público y privado–; a ello debe agregarse que la posibilidad que tenía el Estado de suscribir contratos de naturaleza civil, conocidos como de servicios no personales, en los que la parte contratante privada carecía de cualquier derecho laboral, a pesar que en algunos casos realizaba labores de naturaleza permanente, situación que podía llevar a la desnaturalización de este sistema de contratación.

8. Pretender que la legislación delegada únicamente permite regular y solucionar este problema en relación a los trabajadores del sector privado, siempre que estén vinculados al sector comercial –como pretende la parte demandante–, importa atribuir un significado que no abarca todo lo establecido en la ley delegatoria, dado que una interpretación en ese sentido es limitada, pues requeriría legislaciones sectoriales que en nada resuelven los problemas del Estado, tanto más cuando en el propio TLC, el Estado peruano se ha comprometido a “PROTEGER, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores, fortalecer su cooperación en materia laboral y desarrollar sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral” (Preámbulo del TLC), sin que ello se limite a los trabajadores del sector privado vinculados a actividades comerciales.

9. En consecuencia, dado que el Decreto Legislativo N. ° 1070 está dentro del marco de la legislación delegada, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

§ Análisis Material

2. Naturaleza del denominado Contrato Administrativo de Servicios – CAS

10. El Decreto Legislativo N.º 1057, que aprueba el denominado Contrato Administrativo de Servicios, en su artículo 1º regula un régimen especial de contratación administrativa que tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

11. Resulta pues necesario, previamente a cualquier desarrollo sobre la constitucionalidad o no de dicha norma, determinar si nos encontramos frente a un contrato administrativo o a un contrato laboral; para ello, el Tribunal Constitucional tendrá en cuenta no solo la nomenclatura utilizada por la norma cuestionada, sino principalmente el contenido de los dispositivos que aquella contiene.

12. En principio, la contratación administrativa se aparta del régimen general de contratación contenido en la legislación civil, de modo que nos remite a un régimen especial, vinculado a la particular posición que tiene la administración pública en nuestro ordenamiento jurídico; por un lado como ente con prerrogativas previstas en la Constitución y las leyes, y por el otro como parte contratante, asumiendo obligaciones y deberes vinculados a los contratos que aquella suscribe con personas de derecho privado.

13. A través de los contratos administrativos la Administración contrata a un tercero para que ejecute obras públicas, preste o administre –en su representación– un servicio público; en otras palabras, se recurre a un particular para que, a cambio de una contraprestación, ejecute o desarrolle una obra o actividad propia de la administración.

14. Estos contratos tienen ciertas características o particularidades que justifican su consideración como un régimen especial o particular; así, se tiene que, no alteran o modifican la posición de la partes dentro del ordenamiento jurídico (administración o tercero), son de naturaleza contractual (esto es, que es voluntario, y que regula obligatoriamente los derechos y obligaciones de las partes, aunque la administración no pierde sus prerrogativas), e incluso el cuestionamiento de estos contratos en sede judicial ya no es de competencia de la jurisdicción civil (entendida como ordinaria), sino de la contenciosa administrativa.

15. Ello demuestra la importancia y magnitud que ha ido tomando la actividad contractual de la administración pública, sobre todo cuando aquella se caracteriza por la contratación de bienes, servicios y obras, según corresponda y de acuerdo a las necesidades de la entidad contratante.

La referencia a la contratación de “servicios”, podría llevar a considerar a priori que la norma impugnada, en tanto pretende regular la contratación de servicios administrativos, regula un mecanismo de contratación administrativa; sin embargo, la respuesta no puede darse tan a la ligera y sin tomar en cuenta el contenido del contrato de servicios así como el marco jurídico que le sirve de sustento.

16. Es que en general un contrato contiene –sin que ello importe intentar un análisis pormenorizado y sea solo con fines pedagógicos–, primero, la identificación de las partes que lo suscriben, así como la descripción de la materia u objeto materia del mismo, luego las obligaciones que corresponden a cada parte, y finalmente las cláusulas vinculadas al

incumplimiento, impugnación del contrato, pacto arbitral o de sometimiento a la competencia territorial de determinados jueces, etc., entre otras cláusulas.

17. Sin embargo, en el presente caso resulta sumamente paradójico encontrar especificado dentro del marco jurídico que regula el contrato el detalle de los derechos fundamentales que deben respetarse como parte del contrato, lo cual evidencia la existencia de una relación laboral a la sola suscripción de los contratos.

18. Al respecto, en el Decreto Legislativo N. ° 1057 se encuentran disposiciones que hacen dudar de que nos encontremos frente a un contrato administrativo, más allá de la denominación que se le haya pretendido dar al sistema de contratación regulado por él. Así se tiene que:

- Garantiza los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública (artículo 1°).
- Fija como parte del contenido del contrato “administrativo de servicios” (artículo 6°, incisos 1 a 4):
 - Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.
 - Veinticuatro (24) horas continuas de descanso por semana.
 - Quince (15) días calendario continuos de descanso por año cumplido.
 - Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD, fijando como base máxima de la contribución el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado

A mayor abundamiento, el Reglamento del Decreto Legislativo N. ° 1057, Decreto Supremo N. ° 075-2008-PCM, reitera estos “contenidos”, haciendo precisiones sobre el particular

19. Por ello, este Colegiado concluye expresando que el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula.

20. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que –más allá de la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N. ° 1057, al pretender considerarlos como contratos administrativos de servicios–, los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N. ° 1057 son de naturaleza laboral. En todo caso, lo que corresponde determinar, ahora, es si estos contratos están vinculados a un régimen laboral preexistente o si se trata de uno nuevo.

3. Los regímenes laborales en la Administración Pública

21. La Constitución Política del Estado, en sus artículos 2.15°, 10°, 11° y 22° a 29° establece el conjunto de derechos, principios y garantías que deben protegerse en una relación laboral; en ese sentido, el legislador –tanto el ordinario como el delegado– tiene amplio margen de acción, siempre que en el desarrollo de su labor, primero, no afecten derechos fundamentales o los principios y valores contenidos en la Constitución, y segundo, no afecten los límites de la legislación delegatoria, situación que no se advierte en el caso de autos.

22. Sin embargo, de las normas precitadas no se puede derivar la necesidad de un régimen laboral único para el sector público –más allá de que ello pudiera considerarse deseable–; sin embargo el objeto de la presente demanda es otro, esto es, analizar el contenido del Decreto Legislativo N.º 1057 tal como si de una norma laboral se tratara, sin que ello afecte su constitucionalidad.

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 N.º 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, etc., 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).

24. Además, alrededor de estos dispositivos coexisten normas específicas para distintos sectores laborales, tales como las aplicables a los trabajadores de la micro y pequeña empresa (Ley N.º 28015), a los trabajadores del sector agrario (Ley N.º 27360), a los de construcción civil, del hogar, mineros, profesores, trabajadores portuarios, etc.

25. Sin embargo, esta distinción no es muy clara respecto de los obreros, empleados, servidores y 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 supuestos en los que incluso es posible la coexistencia de ambos regímenes laborales en la misma institución.

26. Por lo que se puede tener, como primera conclusión, que no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N.º 1057 como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes. No obstante ello, corresponde determinar si es que forma parte o complementa a alguno de ellos.

Ello resulta de vital importancia, dado que permitirá que el Tribunal Constitucional, dentro de una gama de posibilidades que van desde la inconstitucionalidad material –con la consiguiente derogación de la norma impugnada, precisando los efectos de ello–, hasta la declaración de su constitucionalidad, elija un pronunciamiento simple, o uno sujeto a ciertas reglas interpretativas para hacer compatible el contenido de la norma impugnada con el texto constitucional.

27. En el caso del Decreto Legislativo N.º 276, que promulga la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, se advierte –efectos de la presente sentencia–, que el ingreso a la carrera pública está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos (artículo 12º), tales como ser ciudadano en ejercicio; acreditar buena conducta y salud; reunir los requisitos propios del respectivo grupo ocupacional; aprobar el concurso de admisión; así como los demás que señale la ley.

Además, el ingreso a la Carrera Administrativa debe hacerse por el nivel inicial de cada grupo ocupacional, siendo necesario para ello la existencia de vacantes presupuestadas, pues de otro modo no podría entenderse lo expuesto en el artículo 13º cuando se dispone que “Las vacantes se establecen en el presupuesto de cada entidad”.

28. Respecto del Decreto Legislativo N.º 728, del que posteriormente se separaron dos textos normativos, denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cabe tener presente el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, por el que se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que

regula el régimen laboral para los trabajadores del sector privado. Esta norma contiene, en su artículo 4º, dos disposiciones que deben tenerse presente; por un lado, la que regula la existencia de un contrato de trabajo y por el otro, la que expone las características de dicho contrato, el cual puede ser a plazo indeterminado, sujeto a modalidad o a tiempo parcial. Asimismo, la protección contra el despido arbitrario aparece prevista para aquellos casos en los que se supere el periodo de prueba de 3 meses (artículo 10º).

29. Este marco general tiene ciertas peculiaridades al momento en que se aplica para los trabajadores de este régimen, pero que laboran para entidades o dependencias del sector público; en ese sentido cabe señalar que todas las leyes de presupuesto en los últimos años han contenido disposiciones que tienen por objeto limitar, genéricamente, el ingreso de personal al sector público, estableciendo, por excepción, casos en los que ello es posible; en ese sentido, tenemos:

Ley De Presupuesto N.º	Vigente en el Año	Artículo
28427	2005	8º
28652	2006	8.bº
28927	2007	4º
29142	2008	7º
29289	2009	8º
29465	2010	9º

30. De todo lo expuesto, se puede extraer, como segunda conclusión, 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.

31. Por ello, al tomar en cuenta cómo regulan estos sistemas el acceso a la carrera pública – independientemente del régimen laboral aplicable– y al compararlos con el contenido en el Decreto Legislativo N.º 1057, se advierte que este no es complementario de ninguno de tales regímenes, dado que tiene sus propias reglas de contratación, por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente.

32. Esta posibilidad ha sido implícitamente aludida por la parte demandante, la que propuso como una alternativa para “salvar” la inconstitucionalidad de la norma, que a través de una sentencia interpretativa se equipare dicho sistema de contratación, con el previsto en el régimen regulado por el Decreto Legislativo N.º 728.

33. En ese sentido se propuso realizar un análisis bajo los presupuestos del principio-derecho de igualdad; sin embargo, considera el Tribunal Constitucional que ello no es posible, dado que no nos encontramos frente a regímenes o sistemas laborales que tengan la misma naturaleza o características, pues el acceso a ellos, es de diferente naturaleza –como se ha sido advertido precedentemente–, lo que justifica un trato diferenciado, no siendo por ello necesario, para criterio de este Colegiado, que se aplique el test de igualdad.

No escapa a este Colegiado, además, que de aceptarse dicha propuesta, se permitiría que quienes no forman parte de la carrera pública ingresen a ella, sin que se verifique la existencia de una plaza presupuestada vacante, sino que además, lo harían en un régimen laboral que incluso probablemente no sea el aplicable en la entidad en que se labora, pues como ocurre en muchas de ellas, el régimen laboral aplicable es el previsto en el Decreto Legislativo N.º 276.

34. Sin embargo también queda claro para el Tribunal Constitucional que no es posible que la norma impugnada sea aplicada tal como fue promulgada, tanto porque su naturaleza es distinta de la denominación que el legislador ordinario le confirió, como porque su aplicación, en tanto considerada como una norma de naturaleza laboral, exige que sea interpretada y complementada con el contenido de la Constitución, por lo que se justifica dictar en ese extremo una sentencia de naturaleza interpretativa que establezca el sentido correcto de las normas impugnadas.

35. Abona a lo dicho que este sistema de contratación laboral es sustitutorio del sistema civil de contratación de locación de servicios, también conocido como de servicios no personales – regulado por el artículo 1764° y siguientes del Código Civil–, siempre que se advierta la desnaturalización de dicho contrato. Esto no significa que el Estado no pueda recurrir a los contratos de locación de servicios, cuando por la naturaleza de la actividad a desarrollar, ello se justifique; lo que se proscribía es recurrir a este sistema de contratación, para actividades que importan la existencia de un vínculo laboral.

36. En efecto, el contrato de locación de servicios podía ser utilizado fraudulentamente, en razón de las labores que se pretendía realicen los comitentes –que podían ser de naturaleza permanente–, o por la duración de estos contratos –cuya extensión los desnaturalizaba–, sin que por ello se respetara el goce o acceso a ningún derecho constitucional de naturaleza laboral.

37. Así, al pasar de un contrato independiente a otro en el que existe subordinación, y de uno en el que no se reconoce el goce de derechos constitucionales de naturaleza laboral a otro que reconoce algunos de ellos, se advierte que hay una mejora o progresión en la protección de los derechos de naturaleza social; sin embargo, ello genera la necesidad de evaluar el contenido de este contrato tomando como base los derechos y garantías contenidos en la Constitución.

38. Al compararse este sistema de contratación con los regímenes laborales vigentes, se advierte que, en determinados supuestos, aquellos protegen en mayor medida los derechos fundamentales de los trabajadores; sin embargo, al comparar el mismo sistema de contratación con las reglas imperantes para los contratos de locación de servicios también conocidos como servicios no personales, obviamente la comparación sería más favorable al previsto por el Decreto Legislativo N. ° 1057.

39. Sin embargo, a criterio del Tribunal Constitucional la constitucionalidad del Decreto Legislativo N. ° 1057 no se determina comparándolo con el sistema de locación de servicios o cualquier otro, sino, desde la Constitución. En consecuencia, corresponde ahora determinar si el sistema de contratación acotado protege los derechos laborales que la Constitución establece.

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

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

La Organización Internacional de Trabajo, en el Convenio N. ° 52 o Convenio sobre las vacaciones pagadas, suscrito el año 1936, y que fue ratificado por Res. Leg. N° 13284 del 1 de febrero de 1960 –dado que el Estado peruano no ha ratificado el Convenio 132–, ha señalado en su artículo 2.1°, que toda persona a la que se aplique dicho Convenio tiene derecho, después de

un año de servicio continuo a vacaciones anuales pagadas de cuando menos 6 días laborales, tiempo este inferior al reconocido en la norma impugnada, por lo que el artículo 6.2° del Decreto Legislativo N. ° 1057 no resulta contrario ni a la Constitución ni a los tratados.

41. Respecto a los beneficios sociales, cabe señalar que estos tienen reconocimiento constitucional, conforme se advierte del artículo 24° segundo párrafo de la Constitución; empero, su acceso y goce están determinados en la legislación ordinaria pertinente, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular.

42. Donde se advierte que existe una evidente omisión constitucional es en la regulación de los derechos de sindicación y huelga, omisión que debe ser subsanada por la autoridad administrativa, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 28° de la Constitución.

43. Consecuentemente, corresponde a la autoridad administrativa competente dictar la regulación necesaria, en acatamiento de la Constitución, para la protección de los derechos fundamentales de naturaleza laboral que reconoce la Constitución a favor de los trabajadores en cualquier régimen laboral, incluidos los que ahora forman parte del sistema de contratación laboral regulado por el Decreto Legislativo N.° 1057, entendido este último, a partir de esta sentencia, como un régimen especial laboral, distinto de los ya existentes.

5. La necesidad de dictar una sentencia interpretativa

44. Comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, permite también comprender que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento.

45. En ese sentido, el artículo 201° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, y como intérprete supremo de la Constitución (artículos 201° y 202° de la Constitución, y 1° de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201° de la Constitución), siempre que respete los límites que de ella deriven.

46. Por ello este Colegiado considera en este caso –más allá de las críticas que algunos fallos anteriores hubieran generado en ciertos sectores–, corresponde dictar una sentencia interpretativa (Vid. STC 0004-2004-CC, fundamento 3.3), la que encuentra su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales (artículos 38°, 45°, 51° y 93° de la Constitución); ello porque el Tribunal debe actuar responsablemente al advertir que si se declarase la inconstitucionalidad de la Ley impugnada, se generaría un vacío normativo, que importaría dejar sin derechos laborales a quienes han sido contratados bajo su marco regulatorio, situación que sería manifiestamente inconstitucional.

47. De modo que, a partir de la presente sentencia, el artículo 1° del Decreto Legislativo N. ° 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado “contrato administrativo de servicios”, deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional.

48. En relación al Decreto Legislativo N. ° 1057, corresponde también que el Ministerio de Trabajo y de Promoción del Empleo dicte la regulación necesaria para que, complementando dicha legislación, adopte disposiciones tales como la fijación de los límites para la contratación

de personal bajo esta modalidad de modo que pueda hacerlo no sólo fijando porcentajes respecto del total de trabajadores de este régimen, sino estableciendo otros criterios que considere razonables para tal efecto.

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad, debiendo interpretarse el artículo 1° del Decreto Legislativo N. ° 1057, conforme se ha expuesto en el fundamento 47 de la presente sentencia.
2. Disponer que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dicte, en un plazo no mayor de 30 días, la reglamentación necesaria que permita a los trabajadores sujetos al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N. ° 1057, el ejercicio del derecho de sindicación y huelga regulado en el artículo 28° de la Constitución.
3. Disponer que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dicte la legislación que considere necesaria para regular los aspectos detallados en el fundamento 48 de la presente resolución, en un plazo que no exceda del 31 de diciembre de 2010.
4. De conformidad con el artículo 81° y 82° del CPCo., esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

EXP. N. ° 00002-2010-PI/TC
LIMA
Más de 5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

Petitorio

1. Llega a este Tribunal la demanda de inconstitucionalidad interpuesto por más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057, Ley que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008, argumentando para ello la inconstitucionalidad formal y la material de la norma cuestionada. Es así que los demandantes expresan que el Poder Ejecutivo expidió la norma cuestionada al amparo de las facultades delegadas por Ley N° 29157, que lo autorizaba para legislar sobre determinadas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, habiéndose excedido en sus facultades, puesto que la ley expedida no forma parte de la materia para el que se encontraba autorizado a legislar. Respecto a la inconstitucionalidad material argumenta que la norma cuestionada afecta principalmente el derecho-principio de igualdad previsto en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Estado, asimismo refiere que se vulnera el artículo 22° de la citada carta constitucional (derecho al trabajo), puesto que se crea un régimen de contratación carente de derechos laborales lo que implica también una situación de desigualdad. Señala que se ha impuesto una jornada laboral de 48 horas, por lo que considera que dicha norma regula de manera menos beneficiosa la materia laboral. Finalmente señala que se les ha desprovisto de una regulación que proteja derechos constitucionales básicos como derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho a huelga.

2. Es así que este Colegiado a través de su sentencia hace el análisis respecto a la validez formal y material de la norma cuestionada. Respecto a la primera tenemos que por Ley N° 29157 se delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, expresando en su artículo 2.1.b° que las facultades delegadas, se exponen las materias vinculadas a la “mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado”, ello dentro de “los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento”. El proyecto de sentencia traído a Despacho señala que al haberse expresado de forma genérica como facultad delegada la modernización del Estado, se está haciendo referencia a una materia amplia e ilimitada, y no como se afirma en la demanda de inconstitucionalidad, que evidentemente disfraza una intencionalidad negativa que busca una respuesta social por los muchos miles de trabajadores sujetos al régimen laboral impuesto por la norma legal cuestionada. Es evidente que ciertamente el servidor sometido a ella inicia su relación laboral con desigualdades frente a los demás, pero es cierto también que se trata de regímenes laborales diferentes con caracteres específicos que explican la desigualdad y la justifican, como lo digo en este voto. Es indudable que dicho proceso de modernización implica aspectos estructurales de organización estatal, que permitan resolver situaciones que han de mejorar la gestión estatal, por lo que en el proyecto se señala, acertadamente, que el proceso de modernización “(...) resulta ser el funcionamiento del aparato burocrático del Estado, en el que se advierte la coexistencia de dos regímenes laborales de distinta naturaleza –conocido como privado y público- (...)” Por esto considero que dicha facultad ha permitido al Poder Ejecutivo regular temática relacionada a trabajadores del sector público que como lo decimos en este voto han venido a satisfacer exigencias de trabajadores sujetos a un régimen nada beneficioso para ellos y que significan en la actualidad algunas diferencias con grandes cargas que el erario nacional se ha visto obligado a absorber.

3. Respecto al cuestionamiento realizado a la norma en su sentido material se aprecia que los argumentos esbozados en la demanda están principalmente dirigidos a denunciar la afectación del derecho-principio de igualdad, considerando que existen beneficios laborales en otros regímenes que no ha considerado la ley cuestionada. Para ello es necesario hacer un análisis que nos explique la coyuntura en que se emitió la norma cuestionada:

a) Se advierte de la normatividad existente que los organismos públicos pueden sujetarse a regímenes laborales público (Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa) o privado –aplicable también al sector privado (Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del empleo).

b) Paralelamente a dichos regímenes, antes de la vigencia de la norma cuestionada, se observaba la contratación de personal por la modalidad de “servicios no personales” –llamados SNP–, el que definitivamente, en la realidad, no coadyuvaba al goce de los derechos fundamentales, sino que colocaba al trabajador en una posición disminuida.

c) Es así que ante una realidad exteriorizada por una serie de procesos en los que se denunciaba la existencia de un vínculo de naturaleza laboral y no de naturaleza civil (tanto ante el Poder Judicial como ante el Tribunal Constitucional) es que aparece como un régimen laboral (conforme se señala de manera acertada en la sentencia en su fundamento 20) singular más garantista para los trabajadores, puesto que se: i) Garantiza los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de las administración pública, conforme se señala en el artículo 1° de la Ley cuestionada; ii) Fija un máximo de cuarenta y ocho horas de prestación de servicios a la semana; iii) veinticuatro (24) horas continuas de descanso por semana; iv) Quince días calendario continuos por año cumplido; y v) Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD, fijando como base máxima de la contribución el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio de cada asegurado.

d) Se evidencia pues que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona ha reconocido derechos laborales a los trabajadores contratados bajo dicho régimen. Siendo así se aprecia que los regímenes laborales existentes son diferentes, no pudiendo ser sometidos a un test de igualdad –conforme lo señala la sentencia puesta a mi vista–, puesto que cada régimen se encuentra regulado específicamente y de manera clara, justificándose así el trato diferenciado.

e) En conclusión se advierte la intención del Poder Ejecutivo de frenar la situación agobiante que mostraba la simulación de un contrato civil, cuando en realidad la naturaleza era laboral, buscando mejorar la situación de dichas personas con un régimen que si bien es singular, contiene en cambio mayores garantías laborales que van acordes con los principios y valores constitucionales establecidos en la Constitución.

f) Por ello es que se advierte que el denominado Contrato de Administración de Servicios ha considerado las garantías laborales establecidas en la Carta Constitucional, observándose también que ha omitido la regulación del derecho de sindicación y huelga, que entendemos como un fundamento de todo trabajador y que, por tanto, debe ser regulada por el organismo administrativo respectivo a efectos de garantizar lo establecido en el artículo 28° de la Constitución Política del Estado.

4. Finalmente considero necesario resaltar la intención del Poder Ejecutivo de mejorar la situación en que se encontraban los trabajadores contratados bajo el contrato denominado “locación de servicios no personales”, que en realidad era un encubrimiento del negado vínculo laboral, por lo que el Contrato Administrativo de Servicios viene a suplir de manera positiva esta situación irregular, debiéndose entender dicho contrato como un contrato laboral y no como un contrato administrativo, quedando así la autoridad administrativa encargada de superar la diferencia en cuanto al derecho de sindicación y huelga.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad propuesta, disponiéndose que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo regule el Decreto Legislativo N° 1057 en lo referido a los derechos de sindicación y huelga. Asimismo debe considerarse el “Contrato Administrativo de Servicios” como un contrato laboral y no civil.

Sr.

VERGARA GOTELLI

2.3. GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.3.1. Principio:

Es una ley o regla que se cumple o debe de seguirse con cierto propósito como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr lo conseguido.

2.3.2. Indubio pro operario:

Es un principio jurídico de que en caso de duda de la interpretación de la norma se favorece al trabajador.

2.3.3. Remuneración:

Es el pago o contraprestación que puede recibir una persona por un trabajo o bien realizado.

2.3.4. Trabajador:

Persona que realiza un trabajo a cambio de un salario.

2.3.5. Rendimiento:

Es la proporción que surge entre los medios empleados para obtener algo.

2.3.6. Probidad:

Se hace referencia al valor de la rectitud, la honestidad y respeto a la ley.

2.3.7. Irrenunciabilidad:

Es la limitación de la autonomía y la voluntad para ciertos casos específicos relacionados con los contratos individuales de trabajo.

2.3.8. Derecho:

Es un conjunto de normas de carácter general que se dictan para dirigir la sociedad.

2.3.9. CAS:

Contrato Administrativo de Servicio

2.3.10. Sentencia:

Es una resolución de un juez o tribunal con la cual se concluye un juicio o proceso.

2.3.11. TC:

Tribunal Constitucional

2.3.12. Gratificaciones:

Es suma de dinero entregada por el empleador al personal para demostrarle su satisfacción por el trabajo.

2.3.13. Despido arbitrario:

Es el cese del vínculo laboral por iniciativa del empleador sin que obedezca a una causa justa.

2.4. MARCO REFERENCIAL

2.4.1. Postura del Tribunal Constitucional sobre el Contrato Administrativo de Servicios (CAS)

EXP N° 01746-2012-PA/TC
CUSCO
SIXTA MICANDRA DURAN SALCEDO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes setiembre de 2013, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que adhiere al sentido del fallo del voto del magistrado Mesía Ramírez, el voto en discordia del magistrado Eto Cruz y el voto dirimente del magistrado Álvarez Miranda, que se suma a la posición del magistrado Mesía Ramírez; votos, todos, que se agregan a los autos.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Sixta Micandra Duran Salcedo contra la sentencia expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 237, su fecha 30 de enero de 2012, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de enero de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial del Cusco, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario de la que objeto, y que, consecuentemente, se ordene su reposición en el cargo de obrera de limpieza del servicio de limpieza pública refiere que laboró desde el 01 de octubre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010, mediante contrato administrativo de servicios, los mismos que se desnaturalizaron, habiéndose considerado en los hechos una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que al haber sido despedida sin expresión de causa justa prevista en la ley se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la igualdad, a la no discriminación, a la libertad sindical y a la protección adecuada contra el despido arbitrario. Sostiene que su despido se produjo por causa de su afiliación al sindicato (SITRAOLIMPUC)

El Procurador Público de la Municipalidad emplazada propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda expresando que es el proceso contencioso administrativo la vía idónea para resolver la controversia, puesto que la demandante prestó servicios mediante contratos administrativos de servicios, por lo que previamente

correspondía agotar la vía administrativa, asimismo, precisa que la demandante mantuvo una relación laboral a plazo determinado, por lo que la extinción de la relación laboral de produjo en forma automática, conforme lo señalado el literal h) del numeral 131 de Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, razón por la que no se ha producido un despido arbitrario.

El Sindicato de Trabajadores Obreros de Limpieza Publica de la Municipalidad Provincial del Cusco (SITRAOLIMPUC), solicita que se le declare litisconsorte necesario, porque aduce que los resultados del presente proceso afectarían a una ex trabajadora afiliada que fue discriminada por el solo hecho de estar sindicalizada y por exigir el reconocimiento de sus derechos laborales.

El Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo de Cusco, con fecha 14 de marzo de 2011, declara fundada la excepción propuesta, la misma que luego fue revocada por la Sala Superior y fecha 5 de setiembre de 2011, declara infundada la demanda, por estimar que conforme a lo dispuesto en la STC 03818-2009-PA/TC, al régimen laboral especial de los contratos administrativos de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria sino solo la indemnización, de ser el caso.

La Sala revisora confirma la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. El objeto de la demanda es la reposición de la recurrente en el cargo que venía desempeñando porque habría sido despedida arbitrariamente, alega la demandante que en los hechos se configuró una relación laboral a plazo indeterminado pese a que suscribió contratos administrativos de servicios, toda vez que estos se desnaturalizaban.
2. Siendo así, conforme a los criterios de procedencia establecidos en el precedente vinculante de la STC 00206-2005-PA/TC, en el presente caso procede evaluar si la demanda ha sido objeto de un despido arbitrario.

Análisis del caso en concreto

3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que en las SSTC 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la RTC 00002-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el régimen de protección sustantivo reparador contra el despido arbitrario, previsto en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, guarda conformidad con el artículo 27° de la constitución.
4. Hecha la precisión anterior cabe señalar que con los recibos por honorarios (fojas 3 a 14), la constatación policial (fojas 39), el contrato administrativo de servicios N°170-2010-OPER/OGA/MPC y sus respectivas adendas (fojas 62 a 65), y de lo afirmado por ambas partes, queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación a plazo determinado bajo el régimen laboral especial previsto en el Decreto Legislativo N° 1057, que culminó al vencerse el plazo de la última adenda, esto es el 31 de diciembre de 2010 por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración de su última adenda al contrato administrativo de servicios, la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo en forma automática conforme lo señala el literal h) del artículo 13.1 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.
Siendo ello así, la extinción de la relación laboral de la demandante no afecta derecho constitucional alguno, por lo que no cabe estimar la demanda.
5. Finalmente, cabe precisar que si bien la recurrente afirma que su despido obedeció a su condición de afiliada a SITRAOLIMPUC, y que, por tanto, la Municipalidad emplazada vulneró su derecho a la libertad sindical, este hecho no ha sido probado en autos.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda, por no haberse acreditado la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA

VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Si bien concuerdo con el sentido del voto del magistrado Mesía Ramírez, teniendo en cuenta que en el presente caso se verifica la aplicación del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el denominado Contrato Administrativo de Servicios (CAS), y sin perjuicio de lo expresado en la STC N° 00002-2010-PI/TC y su respectiva resolución de aclaración, juzgo conveniente manifestar algunos argumentos adicionales:

1. En principio se constata que el CAS ha establecido condiciones más favorables para los trabajadores del sector público que se encontraban sujetos a los contratos por locación de servicios (mal llamados contratos de servicios no personales, SNP) y otras contrataciones estatales irregulares y que en la práctica han sido recurrentemente usados de manera fraudulenta para encubrir relaciones de trabajo, tal y como la evidenció la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Aun cuando cabe reconocer que en el contexto actual el CAS es más ventajoso y por ello resulta válido desde una perspectiva constitucional, según ha quedado expresado en la STC N° 00002-2010-PI/TC, en tanto ha reconocido algunos derechos laborales básicos (jornada máxima semanal, descanso semanal, vacaciones obligatorias, entre otras); es de precisar, desde mi punto de vista, que la “constitucionalidad” de la que hoy goza el régimen CAS es un estatus que con el tiempo **devendría en inconstitucional** si es que el Estado mantiene indefinidamente dicho régimen tal y como está actualmente regulado, esto es, i) sin particularizar las funciones y tareas del personal CAS, ii) sin normar el tiempo de permanencia total en el régimen y, en general, iii) sin igualar los derechos laborales con los derechos que sí gozan otros trabajadores de otros regímenes de trabajo que realizan las mismas funciones. Nuestras autoridades, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, en ese sentido, dentro de un plazo razonable, deben adoptar las políticas dirigidas a mejorar las condiciones ya implementadas, caso contrario, las limitaciones que actualmente establece el CAS se convertirían en discriminatorias y, desde luego, serían susceptibles de control constitucional.
2. El periodo razonable estará determinado por la disponibilidad presupuestaria del Estado, pues dicha circunstancia será concluyente para la configuración de la medida política más satisfactoria para el respeto de los derechos de los trabajadores del CAS; situación que, es de resaltar, es de atención prioritaria por ser una necesidad de naturaleza “básica”, puesto que su regulación incidirá en el aumento de la calidad de vida de los trabajadores del CAS. Y en ese objetivo se ha emitido la Ley 29849, “Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos

laborales”, publicada en el diario oficial EL PERUANO el 06 de abril d 2012, y que constituye un paso importante en la tarea de establecer mejores condiciones iusfundamentales para el CAS. En ella se reconoce que, en el tránsito hacia el nuevo régimen, los trabajadores del CAS gozaran de distintos derechos como el de la libertad sindical, la igualdad de jornada (con la de los trabajadores permanentes de la misma entidad), el aumento de vacaciones a treinta días, el aguinaldo por fiestas patrias y navidad, la licencia por maternidad y paternidad, entre otros. De igual manera, señala el carácter transitorio del régimen y se establece su eliminación gradual a partir del 2013, fecha en la que se prevé la implementación del denominado Régimen del Servicio Civil.

3. En efecto, en la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 29849 se establece que la eliminación del Decreto Legislativo 1057 se produce de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil. Si bien la opción del legislador ha sido por la eliminación progresiva del CAS y la implementación del nuevo régimen del Servicio Civil, al cual se establece que ingresarán los trabajadores CAS, no debe dejarse de advertir dos cuestiones que resultan primordiales atender si es que el objetivo es la efectiva progresividad del goce de los derechos del personal CAS.

La primera cuestión es que la Ley N° 29849 no ha indicado un plazo para la transitoriedad, solo se limita a señalar que la eliminación del CAS será gradual, lo cual susceptible de prestarse a dilaciones que incidan en la aludida progresividad. Como es evidente, la transitoriedad hacia el nuevo régimen del Servicio Civil no puede ser indefinida, por lo que estimo que el lapso de siete años resulta prudente y razonable para evaluar la completa derogación del CAS; no obstante, debe dejarse claro que mientras mayor sea el tiempo que transcurra hasta su completa derogación, mayor será el peso de la carga justificatoria del Estado respecto en la demora de la eliminación del CAS. Asimismo, una segunda cuestión es que la Ley N° 29849 no ha previsto en qué condiciones ingresaran los trabajadores del CAS al citado nuevo régimen, silencio que genera incertidumbre y que no permite concluir objetivamente si es que el nuevo régimen constituirá o no un progreso en el goce de los derechos laborales.

4. En ese sentido, se debe **exhortar** al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que cumplan con normar en el más pronto tiempo estas materias expuestas supra, con la finalidad de que dichas omisiones no corran el riesgo de inconstitucionalidades sobrevinientes.

Sr.
BEAUMONT CALLIRGOS
[...]

2.5. HIPÓTESIS

2.5.1. Hipótesis General

La constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios emitido por el Tribunal Constitucional mediante el Exp. N° 00002-2010-PI/TC mejora en parte los derechos laborales.

2.5.2. Hipótesis Específica

La vulnerabilidad de los derechos laborales influye significativamente en el desempeño laboral del trabajador.

2.5.3. Variables

2.5.3.1. Variable independiente

La constitucionalidad del contrato administrativo de servicios.

2.5.3.2. Variable dependiente

Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Exp. N° 00002- 2010-PI/TC.

2.5.4. Conceptualización de variables

2.5.4.1. Variable independiente

La constitucionalidad del contrato administrativo de servicios:

El contrato administrativo de servicios se define como una modalidad contractual del derecho administrativo y privativo del Estado que no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, según lo estipulado en el artículo N° 4 del Decreto Legislativo N° 1057.

En cuanto a su constitucionalidad expresa mediante la sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. N° 00002-2010-PI/TC. Teniendo en cuenta que constitucionalidad en su término conceptual: “es todo aquello que se adecua a lo establecido en la constitución política vigente”, es una realidad aun en parte debido a que el (CAS) hasta la actualidad afecta derechos laborales del trabajador.

2.5.4.2. Variable dependiente

Sentencia emitida por el tribunal constitucional Exp. N° 00002-2010-PI/TC:

A los 7 días del mes setiembre de 2010 en la ciudad de Lima, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional con asistencia de sus magistrados se pronuncia respecto a lo siguiente, a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.

III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. ENFOQUE Y DISEÑO

Cualitativo – Teoría fundamentada.

3.2. SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación tiene como campo de acción a los trabajadores públicos de nuestro país que están sujetos bajo el Régimen del Decreto Legislativo N° 1057 Contrato Administrativo de Servicios, que mediante la difusión del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional EXP. N° 00002-2010-PI/TC que se pronunció sobre la constitucionalidad del CAS sin tener en cuenta la flexibilidad que origina en las contrataciones, los despidos, el trato diferenciado en trabajadores de uno y otro régimen laboral y considerando que dicho dispositivo afecta aun en parte los derechos fundamentales del trabajador. Unos de los objetivos de esta investigación es determinar la verdadera situación de este régimen, la incidencia en el desempeño laboral de sus trabajadores y el desorden que estaría causando en la administración pública dentro del Estado.

3.3. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS

Los métodos a utilizar en esta tesis de investigación son el descriptivo, hermenéutico jurídico, sistémico, dogmático, análisis – síntesis y comparativo.

- a) Método descriptivo: Buscan especificar las propiedades, características y los perfiles de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Es decir únicamente pretende medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre las variables a las que se refieren.
Esto es, su objetivo no es como se relacionan éstas. Valor: Es útil para mostrar con precisión los ángulos o dimensiones de los fenómenos, suceso, comunidad, contexto o situación.
- b) Método hermenéutico jurídico: en general es método, técnica o ciencia que tiene como fin la interpretación de textos poco claros. La hermenéutica jurídica es la que se ocupa de establecer los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las normas jurídicas.
- c) Método sistémico: este procedimiento permite el estudio de un objeto en el contexto de una estructura compleja en la que se integra, y que está conformada por diferentes subsistemas con características y funciones específicas; este método es válido para estudios cuyo objeto forma parte de un sistema, como lo es el derecho.
- d) Método dogmático: una investigación jurídica dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución legislativa. Este método se ve contrapuesto con el exegético ya que no nos quedaremos en la literalidad de la disposición normativa, sino que analizaremos su corrección en base a las razones que justifican su incorporación al sistema jurídico.
- e) Método de análisis-síntesis: este método posibilitará descomponer el objeto de la investigación en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración y estudio que se haga de ellos. El análisis es el proceso que permite dividir o separa el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen, con el fin de analizar cada uno por separado. La síntesis es lo opuesto, y mediante ésta se integra el objeto, y así se obtiene una comprensión general. Este método brinda una nueva visión del objeto, esencial para el estudio que estamos realizando.

- f) Método comparativo: o el análisis comparativo en un procedimiento que se ubica entre los métodos científicos más utilizados por los investigadores. Junto con el método experimental y el estadístico, el método comparativo es un recurso ampliamente utilizado en las ciencias sociales. Incluso algunos han llegado a considerar la comparación como un procedimiento inherente a la investigación científica.
El objetivo fundamental del método comparativo consiste en la generalización empírica y la verificación de hipótesis.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.4.1. Fuentes Directas:

Constitución política de Perú de 1993, doctrina nacional, doctrina comparada, sentencia del Tribunal Constitucional, artículos jurídicos publicados en Instituto Pacífico, Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Libros especializados, internet, notas periodísticas, entre otros.
Sentencia del tribunal constitucional EXP. N° 00002-2010-PI/TC, de fecha 31 de Agosto del 2010. La cual es materia de análisis.

3.4.2. Técnicas:

La técnica a emplearse será aquella que privilegie los documentos, a fin de analizar minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de investigación, las técnicas a emplearse son las siguientes:

3.4.2.1. Fichaje:

A través del fichaje bibliográfico se compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre el etiquetado de productos, sus críticas y defensas, llegando a tener una postura respecto a la investigación.

3.4.2.2. Recolección y Análisis de datos:

Por medio de esta técnica se analizará minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de nuestra investigación.

3.4.2.3. Procesamiento de información:

La información se procesará de acuerdo a los logros obtenidos mediante las técnicas, fuentes e instrumentos empleados para la recolección de la información.

3.4.2.4. Análisis y presentación de datos y resultados:

Los datos obtenidos se analizarán detalladamente con la finalidad de dar validez a la hipótesis planteada.

3.5. ASPECTOS ÉTICOS

DECLARACIÓN JURADA

DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: César Augusto López Ayala, identificado con CU/DNI -N°
44392043 en la condición de Estudiante () Egresante () Egresado (X),
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Y/O
domiciliado Provincia: Cusco MZ I - 01, 06 de Setiembre Piura
Departamento: Piura Celular: 920 083 587
Email: Cesar_1725@hotmail.com

DECLARO BAJO JURAMENTO: que la tesis que presento es original e inédita, no siendo copia parcial ni total de una tesis desarrollada, y/o realizada en el Perú o en el Extranjero, en caso contrario de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor.

En fe de lo cual firmo la presente.

En fe de lo cual firmo la presente.



Huella Digital

Piura, 14 Agosto del 2018.


CU/DNI -N° 44392043

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales -RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

IV. PROBANZA DE LA HIPÓTESIS: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A continuación en este capítulo se analizará y probará la hipótesis que es materia del presente trabajo de investigación.

4.1.RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Hipótesis General:

La constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios emitido por el Tribunal Constitucional mediante el Exp. N° 00002-2010-PI/TC mejora en parte los derechos laborales.

Desde tiempos inmemoriales como en la actualidad el Estado siempre ha tenido la necesidad de recurso humano para poder ejecutar así las acciones de la administración pública que es indispensable para la supervivencia de la sociedad. Denominados trabajadores o servidores del Estado que están bajo el régimen del empleo público el cual tiene algunas particularidades que son necesarias explicar. En doctrina se ha denominado como empleo público al conjunto de funciones y actividades propias de la administración pública, en suma desde un punto de vista amplio el funcionario o servidor público es aquel que ejecuta las funciones esenciales del Estado.

En el Perú, existen diversos regímenes de contratación para los trabajadores públicos, el Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 1057 y (Regímenes Especiales) que regulan derechos y obligaciones de servidores y funcionarios públicos. Distintas formas de vincularse con la administración pública para prestar servicios personales. Teniendo como consecuencia de ello flexibilidad en el régimen laboral y en los despidos al trabajador.

Con ello no podemos dejar de recordar la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció respecto a la constitucionalidad del citado Decreto Legislativo N° 1057 tal como se puede apreciar en la sentencia, recaída en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC, publicada el 15-09-2010.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró infundado el proceso de inconstitucionalidad iniciado por más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057.

Asimismo, resolvió que el Contrato Administrativo de Servicios debe entenderse como un régimen “especial” de contratación laboral aplicado al sector público, el que resulta compatible con el marco constitucional. Del mismo modo, exhortó al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a que dicte la reglamentación necesaria que permita al personal CAS el ejercicio de derechos de sindicación y huelga, así como la reglamentación necesaria respecto a límites para su contratación, porcentajes y otros criterios que considere razonables. Posteriormente, dicha delegación fue asumida por el “SERVIR” lo cual hasta la fecha se encuentra pendiente de darse cumplimiento al referido mandato.

Respecto a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, la doctrina mayoritaria en derecho laboral coincidió en señalar que ello no era posible toda vez que el referido principio

solo se da para descubrir relaciones encubiertas, siendo distinto al presente caso, donde es la propia ley que establece que “estamos frente de una relación No Autónoma”.

Con referencia a los pronunciamientos del Poder Judicial sobre el régimen CAS, se pueden apreciar resoluciones de vista recaídas en los expedientes N° 2008-1703 y el N° 2009-0097, así como también el N° 6508-2009- IDA (AyS), expedido por la Tercera Sala Laboral de Lima.

Sin embargo, la resolución mejor motivada y en la que se realiza un análisis profundo sobre la controversia es la expedida por la segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo ponente el Dr. Omar Toledo Toribio, en el expediente N° 719-2010-BE (S), mediante el cual se creyó conveniente aplicar el famoso TEST DE PROPORCIONALIDAD o método de ponderación, el cual no fue superado, manifestando con ello la vulneración al principio-derecho de igualdad. De esta forma, se inaplicó el D. Leg. N° 1057 al caso concreto. Del mismo modo, se señaló también que el régimen CAS afectaba el Principio de Progresividad previsto en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (ROJAS, 2011)

Siguiendo la misma línea, resulta interesante resaltar el fundamento de voto singular del juez constitucional Gerardo Eto Cruz (en el Exp. N° 10-2010-PI/TC), mediante el cual se pronuncia respecto a la procedencia de una demanda de inconstitucionalidad planteada nuevamente contra el D. Leg. N° 1057, considerando que no existió un debido pronunciamiento sobre el fondo en el expediente N° 00002-2010-PI/TC, debiendo analizarse la vulneración o no del principio de progresividad de los derechos sociales.

En dicho fundamento, analizando ya el fondo del asunto, el referido magistrado advierte que se estaría afectando el principio de progresividad de los derechos sociales y económicos, señalando que se tenían varios caminos por recorrer, tales como: i) implementar un proceso de seguimiento de la sentencia, con un plan ordenado de equiparación progresiva, que tome en cuenta los recursos del presupuesto público, ii) dictar una sentencia de aviso que permita declarar, en el futuro, inconstitucional el Decreto Legislativo N° 1057, si es que no se avanzaba en la equiparación dispuesta por el Tribunal como principio; o iii) generar con posterioridad un incidente de ejecución de la sentencia, si el Estado persistiera en la omisión o protección deficiente de los derechos fundamentales de los trabajadores CAS.

Sobre la viabilidad de estas soluciones y su mejor adecuación para resolver temas de derechos sociales y la aplicación del principio de progresividad, debió haber discutido también el Tribunal, como un avance necesario de cara a hacer realmente efectivos esta categoría específica de derechos fundamentales.

En conclusión, debemos recordar que ya el TC se pronunció respecto a la constitucionalización del CAS, razón por la cual no cabe que el citado dispositivo sea inaplicado a un caso concreto, toda vez que en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC existió un pronunciamiento sobre el fondo, tal como lo señala el expediente N° 10-2010-PI/TC. Ello quiere decir que el régimen CAS es y ha sido considerado plenamente constitucional.

Sin embargo, consideramos que la única luz de esperanza para quienes afirman que dicho régimen es incompatible con la Constitución y que debe ser reemplazado por otro, es que dicha norma, con rango de ley, sea derogada por otro dispositivo de igual jerarquía, lo cual será difícil que ocurra antes de finalizar el presente gobierno.

Según la Sentencia emitida por la Sala Especializada Civil de Cajamarca en el Exp.2008-1703 de fecha 21 de Julio del 2019. Advierte en la parte expositiva de la sentencia mencionada que MARTHA ISIDORA CHALAN SAUCEDO interpone una acción de amparo a fin de restablecer su derecho a la estabilidad laboral frente al despido incausado, causado por el empleador, el INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA DE CAJAMARCA, para quien había venido laborando por más de trece años, es decir rebasando en el plazo establecido por la Ley 24041.

Norma que estipula lo siguiente: *artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicio, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.*

De lo antes expuestos podemos advertir que la primera instancia declara fundada la demanda de acción de amparo; confirmándose en segunda instancia la sentencia y por ende ordenándose la reincorporación en las labores habituales que realizaba la trabajadora antes de la afectación de su derecho fundamental.

De la Sentencia emitida por la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba en el expediente 2009-0097 de fecha 24 de noviembre del 2009.

Se advierte de la parte expositiva de la sentencia mencionada que FLORINDA GUERREO MENDOZA interpone un acción de amparo a fin de restablecer su derecho a la estabilidad laboral frente al despido inmotivado causado por su empleador, la Municipalidad Provincial de Rioja, para quien había venido laborando por más de un año de manera personal, dependiente y subordinada, esto configuraría la existencia de la relación laboral pese a estar bajo un contrato administrativo de servicios, superando también el plazo establecido por la ley 24041.

Debemos tener en cuenta que las sentencias materia de comentario, han nacido de la jurisdicción constitucional que en caso concreto tras la aplicación del control difuso que si bien las Salas de mérito no lo han expresado así, ambas han hecho primar tácitamente el Derecho al Trabajo y el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, consagrado Constitucionalmente sobre la inaplicación del Decreto Legislativo 1057 que regula la Contratación Administrativa de Servicios.

Si bien nuestro sistema judicial estamos acostumbrados a aceptar que sea el Tribunal Constitucional quien emita siempre un criterio sobre temas relevantes y de trascendental importancia en la inaplicación de leyes, como en los casos que nos aborda, al tratarse de la Contratación Administrativa de Servicios del cual están vinculados un gran sector de trabajadores que han venido y vienen sirviendo al Estado, estas sentencias deben de convertirse en un punto de partida de la reforma reivindicadora de la independencia del Poder Judicial y de la tutela del derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores, pues si bien estas no desarrollan una abundante doctrina o conceptos sobre los temas que allí solamente se han atinado en mencionar, ambas decisiones resultan idóneas y cumplen con el mandato de optimización los derechos fundamentales que impone la constitución, convirtiéndose así en el inicio para volver a creer en que la misión de un juez creador del derecho vuelve a instaurarse en nuestro sistema.

Tanto la Constitución como el Poder Judicial sus jueces como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de las fuentes del derecho denominada jurisprudencia con capacidad para crear precedentes. Así, respecto de lo que se denomina Jurisprudencia se ha sostenido que es la interpretación judicial del derecho efectuado por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponden, en un determinado contexto histórico que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando

discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre tal interpretación sea jurídicamente correcta. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia debe de ser considerada fuente del derecho porque ayuda a la solución de casos concretos, obviamente dentro del marco de la interpretación que la constitución permite y de la normatividad vigente. Esta posición se colige justamente cuando la propia norma fundamental expone en el inciso 8 del artículo 139°, la obligación convertida en principio, de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. (EFFIO, 2010)

No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. Es decir, la producción de jurisprudencia es inherente a la función jurisdiccional para la creación del derecho, la misma que debe responder de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo, y por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique y sea inflexible lo cual quebrantaría el objeto mismo de la Constitución: expresión de lo que “debe ser” una realidad social.

Comentario:

El pronunciamiento con mayor interpretación sobre la situación del Contrato Administrativo de Servicios es en la sentencia recaída en el Expediente N° **719-2010-BE (S)** con fecha 11 de junio del 2010 emitido por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima que tiene como ponente al Juez Superior Omar Toledo Toribio. Donde queda evidenciado que si bien les reconoce derechos a los trabajadores de este régimen especial de contratación aún los afecta Constitucionalmente debido a la pluralidad de formas de contratación y al trato diferenciado entre trabajadores que desarrollan las mismas funciones pero pertenecen a diferentes regímenes laborales.

Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima considera que hay incompatibilidad entre el Decreto Legislativo N° 1057 y la Constitución Política del Estado

EXP. N° 719-2010-BE (S)

Señores:

CHUMPITAZ
RIVERA TOLEDO
TORIBIO NUE
BOBBIO

Lima, 11 de junio del 2010.

VISTOS:

En Audiencia Pública e interviniendo como Juez Superior Ponente el Señor Omar Toledo Toribio;

ASUNTO:

Recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la Sentencia número 095-2009, de fecha uno de julio del dos mil nueve, obrante de fojas 211 a 221 de autos, que declara fundada la demanda interpuesta por la actora sobre reconocimiento de vínculo laboral, pago de vacaciones, gratificaciones y constitución de la demandada como depositaria de la compensación por tiempo de servicios, ordena que la entidad demandada pague a favor de la actora el importe de S/.22,626.03 nuevos soles, más los intereses legales sin costas ni costos,

y establece que la entidad demandada se constituya en depositaria de la compensación por tiempo de servicios que le corresponde a la actora y que se devenga desde su fecha de ingreso hasta la fecha en que se produzca en el futuro su cese, así como la obligación de asumir el pago de los intereses financieros o bancarios que le corresponda.

AGRAVIOS:

Que, la demandada mediante el escrito de apelación de sentencia de fojas 250 a 254, argumenta:

- 1. La actora solicita que se le reconozca derechos laborales regulados por el Decreto Legislativo N°728; sin embargo en el mes de julio del 2008 la actora de forma libre y voluntaria ha suscrito Contratos Administrativos de Servicios (CAS).*
- 2. Existe una relación contractual dentro de un régimen especial absolutamente diferente, que incluye el goce de los beneficios sociales regulados en el artículo 6 del Decreto Legislativo N°1057, situación que no se daba en la realidad anterior donde la actora mantenía una relación de carácter civil con la recurrente.*

CONSIDERANDO:

1. De conformidad con el artículo 370°, in fine, del código procesal civil, aplicable supletoriamente, -que recoge, en parte, el principio contenido en el aforismo latino ***tantum devolutum quantum appellatum***-, en la apelación la competencia del superior sólo alcanza a este y a su tramitación, por lo que corresponde a éste órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada. Asimismo, conforme al principio descrito, el órgano revisor se pronuncia respecto a los agravios contenidos en el escrito de su propósito ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (pretensión) de la segunda (o tercera, según el caso) instancia.
2. En relación al principio citado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número 05901-2008-PA/TC refiriéndose al recurso de casación ha señalado: “3. Al respecto conviene subrayar que la casación no es ajena a la vinculación exigida por el principio ***tantum appellatum quantum devolutum***, que implica que al resolverse la impugnación ésta sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso extraordinario. Así, la Corte de Casación no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y mas aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque éstas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente.”(sic).
3. Toda relación laboral se caracteriza por la existencia de tres elementos esenciales que la definen como tal: (i) prestación personal de servicios, (ii) subordinación y (iii) remuneración. En contraposición a ello, el contrato de locación de servicios es definido por el artículo 1764° del Código Civil como un acuerdo de voluntades por el cual “*el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución*”, de lo que se infiere que el elemento esencial del contrato de locación de servicios es la independencia del locador frente al comitente en la prestación de sus servicios.
4. De lo expuesto, se aprecia que el elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto al contrato de locación de servicios es la subordinación del trabajador a su empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo para el que se les contrata (ejercicio del poder de dirección), así como

la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario).

5. Según lo expuesto es posible que en la práctica el empleador pretenda encubrir una relación laboral bajo la celebración de contratos civiles de locación de servicios. Ante dichas situaciones el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha hecho uso del principio de primacía de la realidad cuya aplicación tiene como consecuencia que “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (STC N.º 1944-2002-AA/TC, fundamento 3) (subrayado agregado es nuestro).
6. En el caso materia de pronunciamiento, del análisis de los contratos de locación de servicios de fojas 2 a 48, se aprecia que la actora fue contratada para desarrollar labores como Asistente Técnica en Mantenimiento y Limpieza. Asimismo, en el contrato de locación de fojas 3 parte pertinente, tercer párrafo, consta: “*Previamente al pago, EL CONTRATISTA cumplirá con la prestación oportuna del Informe Situacional del servicio contratado, el cual deberá contar con la conformidad de la Instancia que establezca el PRONAA.*”(sic.) Además, en el contrato de locación de servicio de fojas 30 a 32, en la cláusula cuarta, denominada Obligaciones del locador, se señala que: “*4.2. EL LOCADOR ejecutará sus actividades o servicios de acuerdo a lo pactado con el PRONAA, a través del Jefe Encargado/Coordinador de área de Programas y Proyectos. En ese sentido, coordinará con la citada dependencia de manera frecuente la prestación del servicio y la mejora de éste.4.3 El servicio objeto de la prestación a cargo del EL LOCADOR tiene carácter personal, por lo que éste deberá realiza dicho servicio sin valerse de auxiliares o sustitutos, ni de ningún tipo de colaboración, salvo que por razones especiales lo autorice expresamente y por escrito EL PRONAA.4.4 EL LOCADOR deberá presentar un informe por escrito sobre el desarrollo de los servicios contratados cada vez que éste sea requerido por EL PRONAA.*”(sic.). Finalmente en los contratos en mención se hace referencia al pago por los servicios prestados por la actora, que de conformidad con el último contrato ascendía a la suma de S/.1,000.00 nuevos soles.
7. De lo anterior, emerge de manera cierta é incontrovertible la existencia de un contrato de trabajo con sus elementos propios y tipificantes (Prestación personal de servicios, pago de una remuneración y subordinación), al desprenderse de los mismos que la actora fue contratada para prestar servicios de Asistente Técnica en Mantenimiento y Limpieza; por tanto se encuentra demostrado que la vinculación existente en el periodo indicado reviste naturaleza laboral, habiendo la actora desarrollado sus labores en forma personal, por una retribución fija y permanente, bajo dependencia y subordinación.
8. De lo expuesto líneas arriba resulta clara la desnaturalización de los contratos de locación de servicios, por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, descrito en los fundamentos precedentes, por lo que la relación jurídica habida entre las partes entre el *18 de febrero 2003 hasta el 30 de junio del 2008* debe ser entendida como una relación laboral a plazo indeterminado.
9. En relación al periodo que, según la demandada, la actora laboró bajo Contratos Administrativos de Servicios (CAS), para el análisis que nos compete, se debe tener en cuenta el desarrollo de los hechos. Para esto se debe hacer referencia que se ha llegado a la conclusión líneas arriba que durante el periodo que la actora ha laborado bajo el contrato de locación de servicios se ha establecido que es uno de naturaleza laboral y por lo tanto con los derechos que la ley le franquea a la actora, y que posteriormente a este periodo la demandada ha suscrito con la actora Contratos Administrativos de Servicios.
10. Que en este contexto corresponde invocar la Constitución Política del Estado, en cuyo artículo 2º inciso 2 prevé que: «*Toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe*

ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole» (sic.) (el subrayado es nuestro), disposición que en el ámbito laboral encuentra su desarrollo específico en el artículo 26 inciso 1 de la misma Carta Política según la cual en la relación laboral se respeta el principio de “Igualdad de oportunidades sin discriminación” (sic.)

11. Por otro lado, resulta pertinente invocar el Principio de Irrenunciabilidad de los derechos laborales. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 008- 2005-PI/TC, en el fundamento Vigésimo Cuarto, al desarrollar este principio, señala que: *“Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18]. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.* (sic.) (lo subrayado es nuestro).

12. Por otro lado, en el presente análisis se deberá tener en cuenta los límites explícitos e implícitos de la libertad de contratar, al que hace referencia el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N.º 2670-2002-AA/TC, de fecha 30 de enero 2004, tercer considerando, en los siguientes términos: *“(…) d) si bien el artículo 62º de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2º, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que **el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos;***”(sic.) (lo resaltado es nuestro).

13. Que, en los términos del Decreto Legislativo N°1057, artículo 3, se expresa que esta forma de contratación constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. En el artículo 5 señala que el contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable. En el artículo 6, se dispone el contrato administrativo de servicios comprende únicamente lo siguiente: **1.** Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana. **2.** Descanso de veinticuatro (24) horas continuas por semana. **3.** Descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido. **4.** Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. **5.** La afiliación a un régimen de pensiones es opcional para quienes ya vienen

prestando servicios a favor del Estado y son contratados bajo el presente régimen; y, obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada en vigencia.

14. Siendo así, en el presente caso se aprecia que la actora ha suscrito con la emplazada contratos bajo el Régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) regulado por el Decreto Legislativo 1057, antes citado, el mismo que no reconoce todos los derechos laborales que corresponden a un trabajador sujeto al Régimen Laboral de la Actividad Privada regulado por el Decreto Legislativo 728. En ese sentido, resulta necesario realizar un análisis aplicando el **Test de Igualdad** (*Razonabilidad o Proporcionalidad*), que es una técnica o pauta metodológica específica que permite determinar si una ley establece una diferenciación o una discriminación, utilizada por el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos como los recaídos en los expedientes N.º 00045-2004-PI-/TC, 00004-2006- PI/TC y 01875-2006-PA/TC, y de esta forma verificar la presunta infracción o no al Principio - Derecho de Igualdad.
15. Que, el primer paso del Test de Igualdad se inicia con el ámbito de Racionalidad, que a su vez se estructura en los siguientes pasos: *1) Determinación del tratamiento legislativo diferente, 2) Determinación de la intensidad en la intervención de la igualdad y 3) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente.*
16. En cuanto al primer paso, **verificación de la diferenciación legislativa**, cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por la norma que establece que aquellos trabajadores sujetos al régimen especial de Contrato Administrativo de Servicios (CAS), gozan de algunos de los derechos y beneficios que se otorgan a los trabajadores del régimen laboral común.
17. La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación está constituida por las normas que regulan el régimen laboral de la actividad privada pues los trabajadores de la entidad demandada para el que prestó servicios el actor se encuentra bajo el régimen laboral de la actividad privada, esto es, el régimen regulado por el Decreto Legislativo N°728.
18. Respecto del segundo paso, **determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad**, cabe destacar que al tratarse del impedimento del ejercicio de derechos fundamentales como el derecho al trabajo y de igualdad de oportunidades en la relación laboral, se verifica que la intervención normativa tienen una intensidad grave.
19. En cuanto al tercer paso, verificación de la **existencia de un Fin Constitucional** en la diferenciación, cabe mencionar que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°1057 se expresa que: “(...) *El Estado tiene una razón de ser esencial, la de ser garante de los derechos fundamentales. Este rol esencial no admite matices en las diferentes posiciones en las que puede actuar; así, el Estado-empleador no puede dejar de cumplir con los derechos fundamentales de sus propios servidores. Fallos del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial han determinado que algunas personas contratadas mediante servicios no personales, que ingresaron sin concurso público, sean declaradas como trabajadores públicos. Esta situación vulnera los principios de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, por el cual todo ciudadano tiene derecho a postular a un puesto público; y los de mérito y capacidad, por los cuales sólo pueden ingresar al servicio civil aquellos ciudadanos que acrediten conocimientos y experiencia para el desempeño de un puesto público. Esta situación de tensión entre el reconocimiento de derechos fundamentales y la garantía de contar con trabajadores públicos competentes, por un lado, y el derecho de todo*

ciudadano a postular a un puesto público en igualdad de condiciones, por el otro, obliga a proponer una fórmula normativa especial que equilibre las protecciones e inicie un proceso de reordenamiento que se vincule con las normas de desarrollo del servicio civil.”(sic.). En la misma exposición de motivos se señalan tres objetivos: “I. Permitir el acceso a la seguridad social, tanto en materia asistencial cuanto pensionaria. Con ello, se tendrá no sólo protección en materia de enfermedad, maternidad, accidentes, etc., sino derecho a licencias y, en el largo plazo, prestaciones por invalidez, vejez y sobrevivientes. II. Reconocer derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales pertinentes. III. Dotar de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna.(...)”. (sic.) Además, se señala que el procedimiento para la celebración de los contratos administrativos se basa en los elementos de requerimiento del servicio y disponibilidad presupuestaria.

20. Que, en función a lo anotado, este Colegiado estima que, *prima facie*, el fin perseguido no es ilegítimo en el marco de la Constitución. En consecuencia, la norma cuestionada supera el tercer paso del test de igualdad, antes indicado. Sin embargo, si bien puede identificarse un fin constitucional en la diferenciación efectuada por el legislador, ello no implica que la medida adoptada no vulnere el principio-derecho de igualdad, pues hace falta verificar si resulta razonable y proporcional, aspecto que debe verificarse en los siguientes pasos.
21. El siguiente paso está conformado por el ámbito de proporcionalidad al que el Tribunal Constitucional en el expediente N. ° 00027-2006-PI, hace mención en los siguientes términos: (...) “Dicho *test* se realiza a través de tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI (...).
 1. *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*. De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
 2. *Subprincipio de necesidad*. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
 3. *Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental^{1 [39]”}.(sic).

¹[39] Exp. N. ° 00048-2004-AI. FJ 65

22. En cuanto al cuarto paso del *Test de Igualdad, Examen de Idoneidad*, es necesario recordar que se refiere a una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención, y el fin que busca la medida. En ese sentido, el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) busca que los trabajadores sujetos al mismo gocen de derechos que antes no se le reconocía, por lo que este Colegiado estima que tal relación existe. En consecuencia, debemos seguir con el siguiente paso.

23. En cuanto al quinto paso, *Examen de Necesidad*, cabe mencionar que en el presente caso, que el fin que se pretende con la dación del medio, Decreto Legislativo N° 1057, es que los servidores que inicien o mantengan una relación con el Estado bajo este Régimen, se les permita el acceso a la seguridad social, tanto en materia asistencial cuanto pensionaria, reconocerles derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales pertinentes y dotar de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna.
24. Los objetivos antes indicados pueden lograrse perfectamente mediante el establecimiento de un régimen ordenado de ingreso de los trabajadores al servicio del Estado y eventualmente mediante reconocimiento progresivo, con tramos perfectamente definidos, de los derechos laborales reconocidos en la normas del Bloque de Constitucionalidad y en función a las disponibilidades presupuestarias del Estado.
25. De lo expuesto, se evidencia la existencia de otros medios alternativos para conseguir los mismos fines propuestos al expedirse el Decreto Legislativo N°1057 sin necesidad de afectar los derechos fundamentales como es el principio – derecho a la igualdad.
26. En consecuencia, no habiendo superado el quinto paso del Test de Igualdad, el Decreto Legislativo N°1057 vulnera el principio derecho de igualdad. En efecto, la disposición cuestionada viola el derecho a la igualdad de oportunidades en la relación laboral de aquellos prestadores de servicio bajo el régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) en relación a los demás trabajadores lo cual además afecta el principio Protector contemplado en el artículo 23 de la Constitución Política que establece, en su tercer párrafo, que: *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.”*(sic.).
27. Cabe precisar que la primera parte del artículo 51 de la Carta Magna establece que *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.”* (sic.). Asimismo, la segunda parte del artículo 138 de la citada Carta Magna establece que *“en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”* (sic.) Igualmente el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, en su primera parte, que *“De conformidad con el artículo 236 (de la Constitución de 1979) de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.”*(sic.). Finalmente, el artículo 26 de la Carta Magna establece que *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma..”* (sic.).
28. En función de lo anterior, la aplicación del Decreto Legislativo N°1057 importa la violación de los principios de jerarquía del ordenamiento jurídico y de supremacía de la Constitución previstos en las normas constitucionales transcritas.
29. Por lo tanto, haciendo uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes que autoriza el artículo 138 de la Carta Magna, por existir incompatibilidad entre lo dispuesto del Decreto Legislativo N°1057 y la Constitución Política del Estado, este Colegiado declara que es inaplicable el citado Decreto Legislativo al presente caso concreto.
30. A mayor abundamiento, el Régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) creado

por el Decreto Legislativo N°1057 afecta el Principio de Progresividad previsto en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, principio respecto al cual Héctor – Hugo Barbagelata se refiere en los siguientes términos que: *“En un segundo sentido, la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales, como ya lo dejaba establecido Emilio Frugóni en el discurso inaugural de la Cátedra de nuestra Facultad en 1926. Se sostienen a ese respecto, que el orden público internacional “tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales” (Mohamed Bedjanui “Por una Carta Mundial del trabajo humano y de la Justicia Social”, en VV.AA., Pensamientos sobre el porvenir de la Justicia Social, BIT, 75 Aviv, Ginebra, 1994, p.28). (...) Asimismo, se ha señalado que este principio de progresividad se integra con el anteriormente examinado de la primacía de la disposición más favorable a la persona humana o cláusula del individuo más favorecido (Fallo del Juez argentino Dr. Zás, en la rev. Der. Lab. t. XLI, págs. 843 y ss.) (sic.) (Héctor Hugo Barbagelata, “La Renovación del Nuevo Derecho”, en Revista Derecho & Sociedad Asociación Civil, XIX N°30, 2008, Lima Perú, pag. 59 a 68).*

31. En este orden de ideas, la orientación de la legislación se debe concretar al desarrollo progresivo de mayor protección a los derechos fundamentales de las personas, en este caso en materia laboral. Por lo tanto, se debe desestimar los agravios expuestos del apelante y confirmarse la venida en grado más aún si esta parte no ha cuestionado específicamente los montos que en ella se determinaron.

Por estos fundamentos motivos por los cuales, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este Colegiado varía el criterio antes manejado. Por otro lado, de conformidad con el inciso 2 del artículo 5° de la Ley Procesal de Trabajo, la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima

HA RESUELTO

1. **CONFIRMAR** la Sentencia número 095-2009, de fecha uno de julio del dos mil nueve, obrante de fojas 211 a 221 de autos, que declara:
 - 1) infundada la demanda en el extremo de reconocimiento del derecho al pago de remuneraciones correspondientes a la categoría de Técnico C, el consiguiente pago de reintegros de remuneraciones con las que corresponden a dicha categoría, 2) fundada la demanda interpuesta por la actora sobre reconocimiento de vínculo laboral, pago de vacaciones, gratificaciones y constitución de la demandada como depositaria de la compensación por tiempo de servicios, 3) ordenar que la entidad demandada pague a favor de la actora el importe de S/.22,626.03 nuevos soles, más los intereses legales sin costas ni costos, y 4) establecer a la entidad demandada se constituye en depositaria de la compensación por tiempo de servicios que le corresponde a la actora y que se devenga desde su fecha de ingreso hasta la fecha en que se produzca en el futuro su cese, así como la obligación de asumir el pago de los intereses financieros o bancarios que le corresponda.
2. **ORDENAR** que la emplazada pague a la actora la suma de **S/.22,626.03 (VEINTIDÓS MIL SEISCIENTOS VEINTISÉIS y 03/100 NUEVOS SOLES)**, más intereses legales y financieros, sin costas ni costos.
3. **ELEVAR** en consulta los presentes actuados a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. En los seguidos por **NELLY CRISPIN VDA. DE PRADO** contra **MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL - MINDES**; sobre **Pago de Beneficios Económicos y otro.**

Notifíquese.

Hipótesis Específica:

La Vulnerabilidad de los Derechos Laborales influye significativamente en el desempeño laboral del trabajador.

La realidad laboral en el sector público nacional, caracterizado por el hecho del que el estado como empleador contrata personal, bajo la subordinación y dependencia, bajo distintos regímenes regulatorios y obviamente con diferentes derechos, para desempeñar las mismas funciones con carácter permanente.

Esta situación es un grave problema, para cuyo planteamiento inicia el análisis con el estudio del decreto legislativo N° 1057 y su naturaleza laboral jurídica porque otorga menos beneficios y derechos laborales. Debemos señalar que los derechos de los trabajadores no solo están normados por nuestra constitución, lo proclama también la Organización Internacional de Trabajo OIT que vela por los derechos humanos de los trabajadores.

Los empleados del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) en su primer año de aplicación no gozaron de un seguro médico ni aportaban a las AFP, no tenían vacaciones pagadas, ni gratificaciones, escolaridad, CTS y otros beneficios como la afiliación a un sindicato.

Es en el año 2010 a los empleados del Contrato Administrativo de Servicios les otorgan vacaciones, aportación a las AFP y un seguro médico de ESSALUD.

En el año 2011, a los empleados bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) el Estado les otorgo más beneficios como el aguinaldo y gratificación de 300 nuevos soles, y el derecho a pertenecer a un sindicato, pero no hay hasta la actualidad un pronunciamiento sobre el derecho a la estabilidad laboral que tanto se ansía. Uno puede trabajar varios años con esta modalidad y no consigues la permanencia que les corresponde como derecho del trabajador.

Mediante una investigación hecha a la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones La Libertad, se aplicó la modalidad del Contrato administrativo de Servicios (CAS) ordenado por el gobierno central, para los nuevos empleados, causando una gran indignación y malestar para los contratados bajo esta modalidad. *Esto trajo como consecuencia la falta de control de horario de trabajo (entrada y salida) inasistencias del empleado al trabajo, bajo nivel de producción, insatisfacción del empleado de realizar un trabajo eficiente, al sentir el abuso y la marginación por parte de la institución en comparación a los empleados de otras modalidades de contrato de naturaleza permanente.* La modalidad del Contrato administrativo de Servicios (CAS) supone no tener los beneficios económicos ya que el costo de vida va aumentando y tampoco la estabilidad laboral pese a que realizan las mismas labores que los otros empleados de diferentes modalidades de contrato, incluso se trabajan más horas al mes y no son considerados en algún reconocimiento o actividad que realiza la institución, afectando de esta manera la calidad de vida del empleado del Contrato administrativo de Servicios (CAS) quien no se siente respaldado por la institución a la que pertenece. (GUTIERREZ, 2017)

En la modalidad del Contrato administrativo de Servicios (CAS) hay más horas de trabajo mensual, sin embargo no proporciona estabilidad laboral, ni una buena compensación económica

de salario por la producción. A consecuencia de esto los empleados afirman que se sienten insatisfechos con su modalidad de contrato que es injusto que no cumple con todas sus expectativas de beneficios laborales.

Este régimen especial no es una modalidad que motive al buen rendimiento de los trabajadores que son parte de ella debido a que el empleado disminuye su responsabilidad, eficacia, logro de metas, y objetivos en la entidad en que se desempeña.

4.2.CONCLUSIONES

➤ La constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios emitido por el Tribunal Constitucional mediante el Expediente 00002-2010 PI/TC mejora en parte los derechos laborales, toda vez que dicho pronunciamiento se expresó en reconocer algunos derechos laborales básicos como: (jornada máxima semanal, descanso semanal, vacaciones obligatorias entre otras) no habiendo más innovaciones positivas se puede observar que se trata de dejar sin protección el despido arbitrario como causal de extinción del vínculo laboral.

- Siendo la constitucionalidad uno de los medios que utiliza el máximo intérprete de la constitución (Tribunal Constitucional) para determinar que una ley es acorde con lo establecido a los principios y directrices recogidas en la Constitución, este resultaría contrario en cuanto a que el Exp. 00002-2010 PI/TC y su pronunciamiento de la constitucionalidad del CAS este solo reconoce derechos y beneficios menores, a los acordados en otros regímenes de contratación público.
- El Contrato Administrativo de Servicios como oportunidad laboral publica afecta los principios de derecho de igualdad de trato ante la ley, principio de progresividad, estabilidad laboral, con los que debería contar todo trabajador subordinado.
- Los Gobiernos de turno deberían establecer un único régimen laboral para la contratación de personal en la administración pública, este no debería ser diverso para evitar tener un sistema de contratación flexible que afecta derechos a sus trabajadores teniendo que tomar oportunidades de trabajo con reconocimiento de derechos mínimos como los que ofrece el Contrato Administrativo de Servicios.
- En cuanto a si la vulnerabilidad de los derechos laborales influyen de forma significativa en el desempeño del servidor público bajo el Régimen del Contrato Administrativo de Servicios dentro de la Administración Publica, este resulta ser negativo debido a que este tipo de contratos no cuentan con todas las expectativas de los beneficios laborales pudiendo generar en ellos disminución en su responsabilidad, eficacia, logro de metas y objetivos.

4.3.RECOMENDACIONES

- Esta demás decir que siendo el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la normas legales y la Constitución, y existiendo un pronunciamiento con respecto a la Constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios comúnmente llamado CAS ya nada se puede hacer solo esperar que se declare su derogatoria por parte del gobierno pero queda solamente dar la sugerencia a los miembros del Tribunal Constitucional de que obtén de apartarse del Exp. 00002-2010-PI/TC cuyo pronunciamiento niega aun en parte beneficios laborales.

- Los Gobiernos de turno deberían establecer un único Régimen Laboral en el Perú para con ello conseguir uniformidad en las regulaciones con respecto a las relaciones laborales de los servidores públicos y terminar de esta manera con el desorden y la afectación de derechos que existe en la administración pública debido a pluralidad de formas de contratar en el Estado.

- Promover un Proyecto de Ley que tenga por finalidad mejorar las condiciones laborales de la contratación administrativa de servicios D. Leg. 1057 debido al interés social jurídico de esta al ver una población considerable que tiene derechos laborales disminuidos que los demás servidores público que son parte de otro régimen de laboral público.

- Que la Ley N° 30057 Ley del Servicio Civil promulgada el 03 de Julio del 2013 entre en vigor y desplace al decreto legislativo 1057, cumpla con los objetivos para la cual fue promulgada: introducir meritocracia para elevar la calidad del servicio que el estado brinda a los ciudadano. Y elevar los ingresos de la mayoría de los servidores públicos e incentivar su crecimiento personal y profesional en la administración pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, I. (1999). Diccionario de Filosofía. México: Fondo de cultura Económica.
- ANABIARTE. (1976). Barcelona: Ariel S.A.
- APARISI, A. (s.f.). Entorno al principio de la dignidad humana. Departamento de filosofía de Derecho. Universidad de Navarra.

- AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, S. (2 de Abril de 2010). El Servicio Civil Peruano. (A. N. Civil., Ed.) *El Servicio Civil Peruano.*, 2, 19. Obtenido de storage.servir.gob.pe/.../SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20...
- BELTRAN, L. (2013). *Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el estado.*
- BELTRÁN, L. (2013). *Problemática de la Existencia de Distintos Regímenes de Contratación de Personal en el Estado.* Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, Lima, Lima. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4508/BELTRAN_LARCO_LUISA_CONTRATACION_PERSONAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- BERNUY, O. (Lima de Octubre de 2012). Suspensión del Contrato de Trabajo Perfecta e Imperfecta. (N° 265), 1. Obtenido de http://www.aempresarial.com/servicios/revista/265_4_AKSBDLCQKLYLTVWTBQU DKYUHSZPYNYCNJUONGRDRDBCXXYQYPK.pdf
- BLUME, I. (s.f). Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores. 235-236. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12090/12657
- CABANELLAS, G. (s.f.). *Los principios del derecho laboral y su necesaria revalorización.* (A. I. Social., Editor) Obtenido de <http://www.aidtss.org/los-principios-del-derecho-laboral-y-su-necesaria-revalorizacion/>
- CARDENAS, M. (2017). *Desnaturalización de los contratos por la modalidad de tercero en la sede central del gobierno regional de Huancavelica.*
- CONDEZO, M. (2012). *Vulneración de los derechos laborales en el régimen de la contratación administrativa de servicios.*
- Derecho Laboral Individual. (s.f). Obtenido de http://files.uladech.edu.pe/docente/21441406/DERECHO_LABORAL_INDIVIDUAL/13_SESION/Contenido_13.pdf
- EFFIO, B. (Febrero de 2010). Los Efectos Vinculantes de las Sentencias que inaplican el Contrato Administrativo de Servicios el Precedente Judicial como fuente del Derecho.
- EGUIGUREN, F. (s.f). Principio de igualdad y derecho a lo no discriminación. *Ius et Veritas.*(N° 15), 63-64-68. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15730/16166>
- El Comercio. (s.f.). *El contrato administrativo de servicios (CAS) es un síntoma de la informalidad laboral en el propio Estado.* Obtenido de <https://elcomercio.pe/economia/peru/cas-factores-frenan-iniciativas-eliminar-regimen-noticia-464202>
- ESPINOZA, C. (Diciembre de 2007). Algunas notas sobre el Derecho al Descanso Anual Remunerado (Vacaciones). *Compendio Temas de Derecho Laboral*, 4. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/013d08004794f93c9f7a9fd87f5ca43e/CompendioDerLaboral_07052009.pdf?MOD=AJPERES

- GUTIÉRREZ, A. (Mayo de 2003). La protección contra el Despido Arbitrario de los trabajadores de confianza. *IUS et Veritas.*, 170-171. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/12198/12763
- GUTIERREZ, D. (2017). *Influencia del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) en la calidad de vida laboral de los empleados de la Gerencia Regional de Transporte y Comunicaciones en el Gobierno Regional La Libertad año - 2016*. Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad, Trujillo.
- HARO, J. (2013). *Derecho Laboral en la Administración Pública*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales EIRL.
- INFANTES, G. (15 de Diciembre de 2011). Contrato Administrativo de Servicios. (I. Pacifico., Ed.) *Actualidad Empresarial* , 5. Obtenido de http://aempresarial.com/web/revitem/4_13181_88088.pdf
- LORA, G. (Julio de 2016). La Suspensión de Labores por caso fortuito y fuerza mayor: Analisis legal y Casuístico. *Revista IUS ET VERITAS*.(N° 52), 271. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16385/16789
- MARTIN, R. (s.f). El Régimen del Contrato Administrativo de Servicios: nuevas soluciones para un viejo problema. *Círculo de Derecho Administrativo*, 41. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/.../14634
- MARTIN, R. (s.f). El Régimen del Contrato Administrativo de Servicios: nuevas soluciones para un viejo problema. . (P. U. (PUCP)., Ed.) *Circulo de Derecho Administrativo.*, 45-46. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/.../14634
- OBREGON, T. (Octubre de 2013). Extinción del Contrato de Trabajo (Parte I). *Actualidad Empresarial*(N°288). Obtenido de http://aempresarial.com/servicios/revista/288_4_URZYXUVGHIJYGXBTLHSRUXIZSPEUTIEOZEMXYIDFQNDXKFRWMJ.pdf
- OBREGÓN, T. (Marzo de 2016). Estabilidad Laboral No es Sinónimo de Reposición. *Derecho & Sociedad* 46. *Asociación Civil.*, 200. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/18832/19052>
- OIT. (9 de agosto de 2004). Obtenido de https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm
- PACÍFICO, I. (1 de Enero de 2012). Contrato Administrativo de Servicios. (I. PACÍFICO, Ed.) *Actualidad Gubernamental*, 4. Obtenido de http://www.agubernamental.org/web/adicionales/libros_virtuales/1v2012_cas/cas.pdf
- PALOMINO, N. (2016). *Consecuencias jurídicas y económicas que se derivan de la aplicación del régimen especial CAS al personal de la municipalidad de Trujillo*.
- PASCO, M. (s.f). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *149-151*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6718/6833>
- ROJAS, G. (17 de Mayo de 2011). El Contrato Administrativo de Servicios en la Actualidad. (E. Peruano., Ed.) *Suplemento de Análisis Legal*(355).
- RUEDA, S. (2011). *La Inconstitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios. CAS*. Universidad de San Martín de Porres., Lima. Obtenido de

http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/15_La_inconstitucionalidad_del_contrato_administrativo_de_servicios.pdf

- RUÍZ, L. (2016). *La desnaturalización del contrato de locación de servicios sujeto a plazo en un contrato de trabajo sujeto a modalidad en la legislación peruana. Análisis a la luz de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad.*
- TELLO, L. (2006). *Remuneración ¿ser o no ser? Una mirada crítica a la regulación del TUO de la Ley de compensación por tiempo de servicios.* Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8380/TELLO_CONCHA_LUCIA_REMUNERACIONES_SER.pdf?sequence=1
- TOYAMA, J. (s.f). Manifestaciones y Límites en el Ordenamiento Peruano. Principio de condición más beneficiosa. 42. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14269/14888
- Uriarte, O. E. (s.f.). Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. *Derecho Laboral PUCP*, 18.
- VARGAS, C. (1988). El principio in dubio pro operario en la futura Ley General de Trabajo. *PUCP*, 98. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15516/15965

APÉNDICES

Voto singular Exp. 00010-2010-PI/TC Magistrado Gerardo Eto Cruz

EXP. N. ° 00010-2010-PI/TC
LIMA
SIETE MIL TRESCIENTOS
NOVENTA Y TRES CIUDADANOS

VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas, emito el presente voto, al no encontrarme conforme con el primer extremo del fallo de la sentencia, que declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 1057, estando conforme con el segundo extremo del mismo fallo de la sentencia.

§1. La procedencia de la presente demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057.

1. La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por siete mil trescientos noventa y tres ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, reproduce en gran medida la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra el mismo Decreto Legislativo, en el Exp. N° 0002-2010-PI/TC, la misma que sin embargo ha sido declarada infundada por el Tribunal Constitucional, confirmando la constitucionalidad de dicha norma legal. Más allá de la consideración de entender al contrato administrativo de servicios como un contrato laboral sujeto a un régimen especial, y de reconocer para los trabajadores sujetos a este régimen los derechos de sindicación y de huelga, el Tribunal en dicha sentencia declara constitucionales los artículos 1°, 2°, 3° 5, 6.1°, 6.2° y 6.3° del citado Decreto Legislativo.
2. En el presente caso, el Tribunal, afirmando el carácter de cosa juzgada de la decisión emitida en el anterior proceso de inconstitucionalidad, resuelve declarar la improcedencia de la demanda.
3. En primer lugar, no concuerdo plenamente con la afirmación de que en el presente caso, al existir un pronunciamiento anterior del Tribunal, la calidad de cosa juzgada de dicha resolución impida un nuevo examen del caso. Mi discrepancia está justamente en la cuestión de si, pese a existir un pronunciamiento preexistente y desestimatorio en torno a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N. ° 1057, resulta posible (o no) reabrir el debate sobre su constitucionalidad con ocasión de la presente causa. Naturalmente, ello dependerá, a su vez, de si la presente demanda reproduce o no una controversia “sustancialmente igual” a la planteada en el anterior proceso de inconstitucionalidad, en los términos en que esto viene prescrito por el artículo 104° inciso 2 del Código Procesal Constitucional.
4. Al respecto, cabe precisar que este Colegiado ha interpretado que, a efectos de examinar cuándo una nueva demanda de inconstitucionalidad afecta el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, se ha de analizar: **a)** Si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta; **b)** Si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido; **c)** Si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria; **d)** Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria [RTC N.° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), f. 9].
5. Así las cosas, considero que para determinar si en el presente caso es posible o no emitir un pronunciamiento de fondo sobre la controversia, resulta preciso analizar si existe algún otro principio constitucional que, aplicado al caso de autos arroje una conclusión sustancialmente distinta a la que se produjo producto de la interpretación de otros principios constitucionales (supuesto d) de la RTC 0025-2005-PI/TC). En dicho contexto,

creemos que dicho principio, no considerado en la sentencia anterior, y que arroja un resultado sustancialmente distinto, es el denominado “**principio de progresividad de los derechos sociales**”, reconocido en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos^[1], pero cuyo reconocimiento como parte del “bloque de constitucionalidad” en nuestro ordenamiento jurídico requiere, no obstante, una reflexión más detallada.

6. Al respecto, es preciso recordar que, conforme al artículo 79° del Código Procesal Constitucional, para apreciar la validez constitucional de las normas, el Tribunal Constitucional ha de considerar, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.
7. Partiendo de esta premisa, sin embargo, considero que, atendiendo al sentido y alcance de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es posible afirmar que si las normas constitucionales forman parte necesaria de las normas-parámetro en el proceso de inconstitucionalidad, con mayor razón lo serán aquellos tratados internacionales a cuya interpretación conjunta se encuentran obligados todos los operadores jurídicos, razón por la cual su invocación resulta válida en el contexto del juicio de constitucionalidad de la ley.
8. Siguiendo este razonamiento, debe entenderse que el “principio de progresividad de los derechos sociales”, configura una norma parámetro sustancialmente distinta a las analizadas en la STC N. ° 00002-2010-PI/TC, razón por la cual este Tribunal Constitucional pudo analizar el Decreto Legislativo N. ° 1057, que contiene el régimen de los trabajadores CAS, en confrontación con dicho principio.
9. Antes de ingresar a analizar dicho régimen de contratación especial a la luz de dicho principio de progresividad, es necesario sin embargo abordar algunos aspectos tratados en la sentencia anterior, pues sólo a partir de una adecuada lectura de los mismos es posible realizar, de modo adecuado, el examen que aquí se está proponiendo.

§2. Análisis del fondo del asunto.

10. En la primera sentencia vertida por este Tribunal sobre el régimen CAS se parte por establecer que no se puede aplicar el principio de igualdad, esto es, no se puede realizar una comparación entre los derechos que gozan quienes laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 o el Decreto Legislativo N° 728, y los que laboran bajo el Decreto Legislativo N° 1057, básicamente porque cada uno de estos regímenes es de naturaleza distinta y se rige por sus propias normas de contratación. Al ser regímenes diferentes, según dicha sentencia, no se puede establecer una equiparación entre ellos, sino solo evaluar si todos ellos respetan el contenido mínimo de derechos laborales que la Constitución prescribe. Finalmente, se termina declarando la constitucionalidad del régimen CAS por otorgar dichos derechos laborales mínimos.
11. La argumentación esgrimida por el Tribunal en dicho caso (y que no ha sido superado en el presente) es, desde nuestro punto de vista, ajustadamente formal, lo cual impide apreciar el quid del problema constitucional que, sin embargo, se desliza ligeramente a partir de otros considerandos de dicha sentencia. No se trata pues de establecer si el régimen CAS es un régimen de contratación laboral especial, distinto a los dos ya existentes, sino de encontrar la justificación constitucional de la creación del mismo. Los regímenes laborales especiales, en el sector privado o en el público, no se crean por la mera voluntad del legislador o por un ejercicio de creativa imaginación, sino porque así

lo exige la *naturaleza de las cosas*, esto es, la naturaleza de la labor que se realiza, la cual requiere una protección laboral especial, distinta al régimen laboral común u ordinario. Así sucede, por ejemplo, con los regímenes laborales especiales del sector minero, de construcción civil o de los trabajadores del hogar. De lo contrario llegaríamos al absurdo de contar con una innumerable cantidad de regímenes especiales de contratación laboral, quizás uno por cada orientación del gobierno de turno. Ello definitivamente no puede ser así.

12. En la sentencia anterior (cuyos fundamentos se confirman en la presente), el propio Tribunal sostiene en varios de sus considerandos, que la razón de creación de este “régimen especial” es simplemente superar una situación generalizada de abierta inconstitucionalidad, representada por la contratación masiva de personal en el sector público bajo la modalidad de locación de servicios o de los contratos de servicios no personales, ocultando bajo dichos contratos verdaderas relaciones laborales de naturaleza permanente, pero sin otorgar ningún derecho laboral a los trabajadores. Esta sistemática violación de derechos fundamentales, fomentada y consentida desde el propio Estado, es la que trata de remediarse con la creación del nuevo régimen CAS. No hay otra razón para crear un “régimen especial”, que establezca una situación jurídica diferenciada respecto a los otros dos regímenes laborales existentes, ni se ha ofrecido por parte del Estado, ni la ha mostrado tampoco el Tribunal en ninguno de los fundamentos de la sentencia. En realidad pues, el régimen del CAS no representa otra cosa que la concreción del *principio de progresividad*, bajo el cual debe analizarse, como ya se dijo, el caso de autos.
13. Entonces tenemos que el problema constitucional no es si este régimen es especial o no y si satisface los derechos mínimos laborales que la Constitución reconoce, sino si la situación jurídica de diferenciación (y que en este caso representa una situación de disminución de derechos laborales) es constitucionalmente justificada o no. Por lo demás, como es harto conocido, en el plano de la realidad, muchos trabajadores sienten hoy la discriminación de que ante el mismo trabajo realizado en el seno de una misma institución, muchos de ellos tienen un trato jurídico diferenciado y disminuido; son – según ellos piensan- *capitii diminutio* sin ninguna razón objetiva que lo justifique. Sin embargo, ¿puede establecerse un régimen laboral especial (el CAS en este caso) para superar una situación de inconstitucionalidad generalizada, pero estableciendo, al mismo tiempo una situación de diferenciación o disminución de derechos laborales?
14. Como ya se dijo, el régimen CAS fue creado para operar una situación de *traslado* de un régimen de contratación abiertamente inconstitucional, como la del contrato de locación de servicios, a un régimen laboral con requisitos mínimos de validez constitucional. Como el propio Tribunal ha dicho, dicha trasposición supone un “progreso en los derechos laborales” de los trabajadores que en el anterior régimen carecían de todo. Sin embargo, dicho avance (esto es, el principio de progresividad), para no llegar hasta el final y terminar incorporando a estos trabajadores a los regímenes ya existentes, con todos sus derechos (eliminando la diferenciación o disminución de derechos laborales), debía tener alguna justificación. Aunque esa justificación no ha sido invocada por el Estado, ni en el anterior ni en el presente proceso de inconstitucionalidad, es evidente que la única justificación real reside en el factor económico, en el costo económico que supone para el Estado incorporar a todos los trabajadores que venían trabajando bajo el régimen anterior y a los nuevos que van ingresando a cualquiera de los otros dos regímenes laborales.
15. El costo económico no es, sin embargo, como pudiera pensarse un motivo injustificado de limitación de derechos. En general, los derechos sociales, y entre ellos los derechos de los trabajadores del sector estatal, se hallan sujetos a la capacidad presupuestal para atender a las necesidades que se desprenden de estos derechos. No es, sin embargo,

tampoco dicho costo económico o disposición presupuestal un límite absoluto a la implementación de los derechos sociales, ni puede ser invocada como carta abierta para negarlos indiscriminadamente. Debe pues guardarse un equilibrio entre la disponibilidad presupuestal y la implementación progresiva de los derechos sociales, de modo que las diversas necesidades que tiene el Estado y que atienden a muchas otras necesidades de la población sean cubiertas de la mejor manera posible. Lo crucial reside, no obstante, en fijar prioridades dentro del Presupuesto de la República para atender los derechos, pues como se sabe ellos representan necesidades básicas, que por estar en la Constitución, tienen más fuerza que cualquier otro objetivo que se plantee el Estado. En dicho contexto, como se ha recogido en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El Estado tiene la obligación de adoptar medidas **hasta el máximo** de los recursos de que se disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, ..., la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

16. Por lo tanto, cuando reconocemos que el régimen CAS se creó como una forma de equilibrar el impacto presupuestal y la satisfacción de los derechos laborales de los trabajadores del sector estatal, también reconocemos que es **obligación** del Estado utilizar hasta el “máximo de los recursos” para atender progresivamente los derechos laborales no otorgados a estos trabajadores y que terminen con la situación aún presente de discriminación en los trabajadores del sector público. Ello nos lleva a dos conclusiones: la primera que era obligación del Estado *demostrar* que en efecto se estaban utilizando hasta el máximo de los recursos disponibles (lo cual no ha sucedido ni en el primer proceso de inconstitucionalidad ni en el presente) y la otra que el régimen del CAS es esencialmente *transitorio*, un régimen de enlace entre una situación de abierta inconstitucionalidad y un régimen de plena constitucionalidad. Sólo así puede encontrarse justificado, desde una óptica constitucional y desde un pleno respeto a los derechos y la dignidad del trabajador, el régimen del CAS.
17. En el presente proceso, así como en el anterior, era pues obligación del Estado demostrar que los recursos dispuestos en el Presupuesto de la República se estaban utilizando, de modo prioritario y hasta el máximo de lo posible para superar la diferenciación aún existente entre los trabajadores del régimen CAS y los trabajadores de los otros dos regímenes existentes. Dicha exigencia para el Estado se deriva, a su vez, del canon asumido en la justicia constitucional de que la diferenciación establecida entre personas ubicadas en idéntica situación se *presume* inconstitucional, siendo obligación de quien introduce dicha diferenciación demostrar la constitucionalidad de la misma. No figura en el expediente, sin embargo, un análisis de ese orden que permita establecer la constitucionalidad o no del régimen CAS. Desde mi punto de vista, el proceso de inconstitucionalidad de autos debió conducirse de tal modo, que pueda verificarse, razonablemente, el empleo del máximo recursos disponibles para superar la disminución de derechos laborales del CAS, esto es, el cumplimiento estricto del principio de progresividad, como parámetro de análisis del caso de autos y que viene exigido, como ya se dijo, por el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al no haberse realizado tal examen ni haber demostrado el Estado la constitucionalidad de la diferenciación, sólo podía haber cabido la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057.
18. Ello no quiere decir, por supuesto que no pueda establecerse un régimen temporal o de enlace entre una situación de abierta inconstitucionalidad y una de completa constitucionalidad; pues en ello justamente consiste el principio de progresividad de los derechos sociales, que atiende a la variable de la escasez de recursos; sin embargo dicho régimen de enlace, su justificación, así como los términos de la superación progresiva deben siempre quedar claramente determinados por el Estado y no en sentido contrario, como en el caso de autos, ausentes de toda justificación.

19. Finalmente, considero pertinente señalar que en el caso hipotético que el Estado hubiese demostrado una utilización hasta el máximo de los recursos, tampoco ello hubiere significado una constitucionalidad absoluta o perpetua de dicho régimen, sino, como ya se dijo, sólo una constitucionalidad temporal que, en aplicación del principio de progresividad, debía ir avanzando hacia la equiparación plena de los derechos de todos los trabajadores del sector público. Sobre la correcta aplicación de dicho principio de progresividad, por lo demás, -creemos- el Tribunal Constitucional debía asumir competencia, con el objeto de controlar el avance progresivo de los derechos fundamentales de los trabajadores y la consecución de una igualdad plena entre los regímenes laborales del sector público. Para dicho efecto tenía varios caminos: i) implementar un proceso de seguimiento de la sentencia, con un plan ordenado de equiparación progresiva, que tome en cuenta los recursos del Presupuesto Público; ii) dictar una sentencia de aviso que permita declarar en el futuro inconstitucional el Decreto Legislativo N° 1057, si es que no se avanzaba en la equiparación dispuesta por el Tribunal como principio; o iii) generar con posterioridad un incidente de ejecución de la sentencia, si el Estado persistiera en la omisión o protección deficiente de los derechos fundamentales de los trabajadores CAS. Sobre la viabilidad de estas soluciones y su mejor adecuación para resolver temas de derechos sociales y la aplicación del principio de progresividad debió haber discutido también el Tribunal, como un avance necesario de cara a hacer realmente efectivos esta categoría específica de derechos fundamentales.

SS
ETO CRUZ