

Primera ponencia

CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Mario Pasco Cosmópolis^(*)

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú ha sido tradicional y sigue siendo profunda la separación de los trabajadores en dos grandes regímenes jurídicos: el de los funcionarios y servidores del Estado y el de los trabajadores de la actividad privada. Esta diferenciación, que obedece a razones de tradición histórica y jurídica, recogida, sustentada y hasta reforzada por la actual Constitución, presenta sin embargo matices que es conveniente analizar.

La relación laboral de servicio público fue siempre de naturaleza estatutaria, regida por el derecho administrativo; la de la actividad privada, en cambio, es de carácter contractual y está regulada por el derecho laboral. En la primera, todos los elementos vienen prefijados por la ley y no hay espacio para la autonomía contractual: el ingreso, las remuneraciones, los derechos y beneficios, los ascensos y promociones, las infracciones y sanciones, el cese y, en suma, todos los aspectos propios de la relación vienen definidos por normas legales a las que quedan sujetos rígidamente quienes prestan sus servicios al Estado en sus diversas reparticiones. En el mundo laboral privado, en cambio, se asume que las remuneraciones y condiciones de trabajo son estipulados, a partir del mínimo legal, por vía convencional, sea en forma individual a través del contrato individual de trabajo, sea en forma general por vía de la convención colectiva de

(*) Profesor Principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

trabajo. En el mundo de lo laboral, la ley actúa como un piso; en el mundo administrativo, la ley es techo.

Esta visión simplificada de las cosas ha tenido curiosas contradicciones, que unas veces la han profundizado, otras la han debilitado, creándose un cuadro de contrastes que hace muy precaria toda clasificación.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Las características de una relación de naturaleza estatutaria, según define y sintetiza Octavio Bueno Magano⁽¹⁾, son las siguientes: «a) conjunto de reglas y reglamento impuesto unilateralmente por el Estado; b) reclutamiento mediante designación, esto es, decisión unilateral de la autoridad pública; c) uniformidad de condiciones impuestas a todos los servidores en igualdad de condiciones; d) alterabilidad del régimen por parte de la administración; e) irrenunciabilidad de los beneficios otorgados; y f) prohibición de la ampliación arbitraria de ventajas».

De la concepción estatutaria clásica se desprende que el servidor público tenía menores derechos abstractos y mayores derechos concretos que el trabajador común. No disfrutaba, en efecto, de libertad de contratación, disponiendo el Estado-empleador de una amplísima potestad unilateral, pero, a cambio, alcanzaba importantes privilegios en materia de estabilidad, de jubilación y otras sensibles ventajas frente al privado.

Hoy esta situación no se mantiene y ha revertido en lo uno y en lo otro: el Estado ha tenido que ceder sus prerrogativas unilaterales y el servidor ha perdido muchos o casi todos sus privilegios.

Por otra parte, se ha producido una tan notoria aproximación de regímenes que ha llevado a preguntarse si existe realmente un factor de diferenciación o si, por el contrario, se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno.

Plá Rodríguez afirma al respecto que «no hay una diferencia sustancial entre la relación de empleo público y la relación de trabajo de la actividad privada. O dicho en otras palabras, las diferencias que se señalan entre ambas son muy relativas». Sobre el carácter estatutario o contractual, agrega: «Este distingo ha ido perdiendo importancia con el tiempo. En el trabajo privado, se ha ido destacando como cada trabajador no acuerda con su respectivo

(1) BUENO MAGANO, Octavio, «Régimen jurídico del servidor público», en *Derecho Laboral*, N° 145, Montevideo, 1987, p. 67.

empleador las condiciones del contrato, sino que las encuentra establecidas por una serie de normas [...] sin que el componente voluntario del trabajador vaya mucho más allá de la aceptación del trabajo en esas condiciones. Tan es así, que ello ha dado origen a la doctrina de la relación de trabajo, como sustitutiva o complementaria del contrato de trabajo, o a la teoría del trabajo como hecho, que difundiera De Ferrari. Por su parte, en el ámbito público cada vez se difunden más los funcionarios contratados, con lo que se pretende acentuar el carácter contractual y no estatutario de la relación»⁽²⁾.

Plá concluye en que «la protección del servidor del Estado, en cuanto trabaja-dor, integra el Derecho laboral. En otras palabras, que el Derecho laboral debe estudiar el tema de los funcionarios públicos. Esto no significa sustraer todo este tema del Derecho administrativo [...]. Cada una de las disciplinas en juego enfoca el tema desde su perspectiva peculiar y vincula las soluciones y los criterios aplicables con los principios vigentes en esas respectivas disciplinas. Esto significa que se aplican los principios del Derecho laboral en la regulación de este sector del trabajo, en su triple función inspiradora, interpretativa e integradora. No exclusivamente. Habrá que armonizarlos y conciliarlos con los principios del Derecho administrativo. Pero no podrá ignorárselos ni prescindir de ellos»⁽³⁾.

Esta capacidad expansiva del Derecho laboral para la regulación de la relación laboral pública resulta necesaria en orden a que los principios y aun las normas inspiradoras de aquél deban disciplinar todos los aspectos que son consustanciales al hecho social trabajo en aspectos tales como la higiene y seguridad, la jornada de trabajo, los descansos, con independencia de la índole de la función y la persona del empleador, a partir de aquello que Lupo Hernández Rueda⁽⁴⁾ califica como «identidad objetiva, proveniente del hecho mismo del trabajo humano».

Podríamos decir que hay una cada vez más profunda penetración del Derecho laboral – sus principios, sus instituciones, sus reglas– en la relación de trabajo público, una «laboralización»⁽⁵⁾ de la función pública. Esto es conse-

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «Situación laboral de los funcionarios públicos», en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AIJDTSSGC, Caracas, 1977, p. 10.

(3) *Ibidem*, pp.15-16.

(4) HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, «La responsabilidad laboral del Estado», en *Derecho Laboral*, N° 117, Montevideo, 1980, p. 164.

(5) Expresión utilizada por SACCHI, Carlos, «Reflexiones sobre la relación de empleo público y los derechos colectivos», en *Derecho Laboral*, N° 146, Montevideo, 1987, p. 400. También por ERMIDA URIARTE, Oscar, «Las relaciones de trabajo en América Latina», en *Relaciones de Trabajo*, Año 2, N° 3, Santiago de Chile, 1989.

cuencia, además de la expansividad, que es vocación constante del Derecho laboral, también de la constatación básica de que no existen diferencias de esencia entre ambos tipos de prestación. Las diferencias que existen se sitúan más en la periferia que en el núcleo de la relación, ya que este núcleo es el trabajo como actividad humana personal, remunerada y subordinada, elementos esenciales que están presentes tanto en la relación privada como en la pública.

Quizás síntesis feliz sea la propuesta por Horacio Cassinelli⁽⁶⁾, profesor uruguayo de Derecho constitucional, quien ha expuesto la teoría de un Derecho general del trabajo. «Existiría un Derecho general del trabajo, de base constitucional, que primaría sobre el Derecho privado del contrato de trabajo y sobre el Derecho administrativo de la función público. Este derecho general del trabajo –o régimen jurídico general de los trabajadores– versaría sobre el hecho del trabajo y no sobre el vínculo jurídico que une al que trabaja con quien remunera su trabajo»⁽⁷⁾

3. RELACIÓN CON LAS NORMAS QUE REGULAN LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL SECTOR PRIVADO

No obstante lo señalado, subsisten en nuestro país, como se adelantó, regímenes legales diferenciados para regular el trabajo en el servicio civil y el que se desarrolla en el sector privado; diferencias que la propia Carta Constitucional mantiene y de algún modo refuerza, y que se dan tanto en lo individual como en lo colectivo.

La Constitución Política de 1993 marca, en efecto, un claro distingo al separar el trabajo y la función pública en artículos distintos y distantes. Esta diferenciación no se agota en lo formal sino que, para que no quepa duda de que los preceptos de unos no son transferibles a los otros, duplica simétricamente en los artículos 28º y 42º lo relativo a la sindicación y la huelga.

Si, como alguien alguna vez ha sostenido, todo lo contenido en el tema laboral fuera extensible de modo natural y automático a los servidores del Estado, les sería aplicable también el artículo 28º y el artículo 42º devendría en superfluo por redundante. La sola existencia de este artículo significa exactamente lo contrario: que si tal artículo no existiera, los derechos de sindicación y huelga no serían válidos para los servidores públicos, de donde se desprende, por mero raciocinio lógico, que los demás que no les han sido atribuidos en forma expresa no rigen para ellos.

⁽⁶⁾ Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «El trabajador público y los convenios colectivos», en *Derecho Laboral*, N° 143, Montevideo, 1987, p. 416.

⁽⁷⁾ Loc. cit.

Por lo demás, está vigente así mismo la Tercera Disposición Final y Transitoria que dice: «En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario».

Ahora bien, desde 1991 han tomado carácter aluvional dos grandes tendencias que atañen al sector público: por un lado, la privatización de la mayoría de empresas estatales ha reducido la incursión del Estado en actividades productivas; por otro lado, se han producido desplazamientos masivos de personal de la administración hacia el régimen laboral de la actividad privada, no en las empresas públicas subsistentes (que ya estaban bajo ese régimen), sino en áreas tan importantes y sensibles como la administración tributaria y la aduanera, el Banco Central de Reserva y el Banco de la Nación, la supervigilancia de la banca y seguros y de las administradoras de fondos pensionarios, y en general en toda entidad de nuevo cuño o reformada recientemente; como también en la seguridad social, tanto en EsSalud como en la ONP.

Lo que resulta pasmoso es que ese fenómeno haya llegado a instituciones tan raigalmente públicas y estatales como el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, cuyos servidores (no los magistrados, naturalmente) están regulados por la ley laboral común.

¿Laboralización del servicio público? ¿Penetración total del Derecho laboral en las áreas del Derecho administrativo laboral? No se trata, en puridad, de ninguno de esos fenómenos; lo que acontece es más bien un fenómeno migratorio: el campo cubierto por el Derecho administrativo está siendo abandonado por la administración, por gran parte de ella al menos, aunque, como es obvio suponer, permanecen dentro contingentes todavía muy numerosos y mayoritarios (empleados de ministerios y municipios, maestros, etc.).

Si en los años setenta el *leit motiv* era estatizar, en los noventa fue privatizar; si entonces se convertían en públicas innumerables empresas privadas, después se quiso manejar como privadas muchas agencias gubernamentales en sectores tan emblemáticos como la recaudación tributaria y aduanera, y la supervisión y control estatal de los negocios particulares.

4. EVOLUCIÓN NORMATIVA

En 1950 se da el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil y Pensiones, (Ley Nº 11377), el cual estructura la legislación dispersa a lo largo de un siglo, dándole organicidad y modernidad. El gobierno militar (1968-1980) hizo crecer hasta

el gigantismo el aparato estatal, tanto en la administración como en la actividad empresarial; respecto a esta última, empero, introdujo una variación trascendente al disponer que sus trabajadores estarían regulados por el régimen de la actividad privada⁽⁸⁾, con la intención de lograr que las empresas fueran gerenciadas como privadas. A partir de entonces, el Estado tuvo dos grandes sectores de acción –el administrativo y el productivo– y dos grandes grupos de servidores –los regulados por el régimen público y los pertenecientes al régimen de la actividad privada–.

Esta realidad dual fue recogida por la Constitución de 1979, que normaba en dos capítulos diferentes lo relativo a los beneficios y derechos de los trabajadores privados y lo relativo a la función pública, propia de los servidores y funcionarios públicos. La Carta de 1979 dispuso además que una ley regulara el ingreso y los derechos y deberes que corresponden a los servidores, generando con ello la necesidad de una norma específica, la que se concretó en el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

Aunque la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público no derogó expresamente el Estatuto, se montó sobre él y lo absorbió; ello porque, por ser de Bases, no tenía pretensión totalizadora y dejaba vigentes parcelas menores de aquél, en aspectos burocráticos.

La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, sin desprenderse del derecho administrativo, es una buena muestra de la aproximación hacia la laboralización del servicio público al incorporar reglas similares, casi transplantadas de la legislación laboral común, como se evidencia en el caso de las faltas y sanciones disciplinarias y otros tópicos. Al mismo tiempo, sin embargo, marca y mantiene una rigurosa separación conceptual entre lo estatutario y lo contractual.

Ya en esta década se dictó la Ley de Bases del Empleo Público, Ley N° 28175, con vocación de universalidad y el objetivo de reconducir en un solo régimen, gobernado por el derecho Administrativo, todos los sistemas incoherentes y heterogéneos que existen en el Estado. Debía ser seguida por otras cinco leyes, que nunca llegaron a ser aprobadas: a) carrera del servidor público; b) funcionarios y empleados de confianza; c) sistema de remuneraciones del empleo público; d) gestión del empleo público, y e) incompatibilidades y responsabilidades.

(8) Hasta entonces, la incursión del Estado en la producción había sido muy limitada; se daba principalmente a través de corporaciones o empresas *ad hoc*, cuyos trabajadores tenían *status* de servidores públicos (Empresa Petrolera Fiscal, Corporación Peruana de Vapores, Banco de la Nación y otras).

5. EL CONTRATO DE SERVICIOS NO PERSONALES

En algún momento de la década de los noventa hizo su aparición el mal llamado contrato por servicios no personales o SNP como más se le ha conocido. Figura jurídica extraña, anómala, sin definición ni cobertura jurídica; era un simple hecho que adquirió carta de ciudadanía por su sola existencia.

No reconocía derecho alguno al trabajador, y ni siquiera su condición de tal. Era un contrato abusivo, inequitativo, irreal.

Lo pasmoso es que esa modalidad antijurídica de contratación se mantuvo a lo largo de tres gobiernos sucesivos: el de Fujimori, el de transición presidido por Valentín Paniagua, y el de Alejandro Toledo.

Si bien en el año 2001 una Comisión Interministerial presidida por Jaime Zavala hiciera notar las graves anomalías que dicho contrato comportaba, y propusiera precisamente la sustitución por una figura más rigurosa y razonable, nada se hizo en el quinquenio siguiente por erradicarla; diversos ministros de Trabajo se sucedieron, en ese lapso, y ninguno tomó la necesaria iniciativa, pese a existir el proyecto de ley pertinente.

Fue recién en el año 2008 que se aborda el problema, y con la dación del Decreto Legislativo N° 1057 se introduce la figura del contrato administrativo de servicios (CAS).

6. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Esta modalidad contractual es novedosa y original; no tiene antecedentes, por la sencilla razón de que, más que constituir una forma permanente de adscripción de los trabajadores a la función pública, es un paliativo, una fórmula de transición para erradicar el pernicioso SNP.

Pertenece al Derecho administrativo, no al laboral. No podía ser distinto, ya que se trata de una relación de naturaleza pública.

Algunos critican acerbamente tal adscripción, sin percatarse de que es natural, casi obligada, ya que si bien el proceso de «laboralización» ha sido la tónica dominante, no tiene carácter ni imperativo ni irreversible; es reflejo de una tendencia, que tuvo pleno valor en un momento dado, pero que no constituye una imposición legal, ni menos constitucional. Antes bien, la Carta de 1993, como lo hacía también la de 1979, mantiene la separación de regímenes, como antes se ha expuesto.

Otros critican que el CAS no otorgue a los trabajadores sujetos al mismo todos los derechos que la legislación otorga a los trabajadores privados, sin percatarse de algo elemental: el referente, el elemento de comparación, no es el tra-

bajador privado, sino el servidor público, regido por el Decreto Legislativo N° 276. Si se confrontan los derechos del régimen privado con los de este decreto legislativo, las diferencias saltan a la vista, en materia de gratificaciones, de compensación por tiempo de servicios, de asignación familiar, de seguro de vida, etc.

Resulta incongruente, por eso, que los críticos utilicen para comparar un régimen que nada tiene en común, como es el privado, y omitan hacerlo con aquel que comparte el mismo ámbito, que es del régimen público.

El CAS implica un enorme salto conceptual si se lo mide con su punto de partida, que era el SNP, el cual, desde su propia denominación, pretendía sustentar lo imposible: que la relación que regía no era laboral, que los trabajadores no eran trabajadores, que los servicios prestados por una persona individual no eran personales.

Con tamaña rueda de molino comulgaron tres gobiernos sucesivos.

El CAS, en cambio, sin necesidad de explicitarlos, reconoce sin embargo los derechos fundamentales de todo trabajador: jornada diaria, descanso semanal, descanso anual, remuneración mínima, protección contra el despido, y sobre todo acceso pleno a la seguridad social, porque aunque parezca aberrante los SNP no lo tenían.

Cierto es que, en algunos de estos derechos, la tasa es distinta a la del servidor público común. Como sucede con las vacaciones, lo que también acontece, por ejemplo, con los gerentes públicos regulados por el Decreto Legislativo N° 1024, o los trabajadores de la micro y pequeña empresa.

Pero es que no hay nada, ni en la Constitución ni en los instrumentos internacionales, señaladamente los convenios de OIT, que impongan que las vacaciones deban ser de treinta días al año. En gran número de países la duración es inferior, y el propio Convenio de la OIT N° 52, que las regula, señala un mínimo de seis días laborables por año.

El CAS solo puede ser entendido si se lo sitúa en su contexto histórico y se lo analiza teleológicamente. No es un régimen ni pleno ni permanente, sino una etapa de tránsito hacia una unificación de todo el sector público, hoy fragmentada en diversos sistemas jurídicos y remuneratorios.

Para algunos, ese proceso debe llevar a la total igualación con el sector privado; para otros, debe producir un fenómeno de convergencia entre los extremos que hoy existen. Pero ese proceso no es automático y ni siquiera puede intentarse en plazos breves. Debe ser encarada como paulatino y de plazos largos, compatibles con los recursos del Estado, que son escasos.

El CAS es apenas un primer paso en esa dirección.