

Segunda ponencia

ANÁLISIS PRELIMINAR DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Edgardo Balbín Torres^(*)

1. INTRODUCCIÓN

Estas breves líneas tienen por objeto formular un análisis preliminar del Contrato Administrativo de Servicios (CAS), figura regulada por el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM⁽⁹⁾. En primer lugar, se reseñaran sus antecedentes con el objeto de precisar el contexto en el que se concibe así como los problemas que pretende resolver. Luego se formulará un análisis del contenido del régimen del CAS relevando los aspectos que, bajo nuestra óptica, denotan problemas de constitucionalidad así como severas disfuncionalidades con relación al objetivo de promover el funcionamiento óptimo de los diversos organismos que conforman la administración pública. Finalmente, se ofrecerán algunos comentarios de cierre.

2. LOS ANTECEDENTES Y EL CONTEXTO EN LA EXPEDICIÓN DEL CAS

El régimen del CAS tiene como antecedente inmediato a los denominados contratos por «Servicios No Personales» (SNP), modalidad de contratación no regulada en ninguna norma laboral del empleo público y que solo contó con escasas alusiones en las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. Como se sabe, cerrados los canales de ingreso regular a los empleos

(*) Profesor de derecho laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(9) El Decreto Legislativo N° 1057 fue publicado el 28 de junio de 2008 y su reglamento el día 25 de noviembre de 2008.

públicos por las sucesivas leyes de presupuesto –que aún establecen la prohibición de nombramientos y las contrataciones bajo cualquier régimen laboral–, los contratos SNP conformaron en la mayor parte de las entidades públicas el único mecanismo disponible para la provisión de personal subordinado.

Existe consenso en que el uso de los contratos SNP generó severos problemas, tanto para los trabajadores que los celebraron como para el propio funcionamiento de las entidades públicas. Nos referiremos seguidamente a algunos de ellos.

En primer lugar, aunque la denominación del contrato alude a la irrelevancia del elemento personal en la prestación del servicio (servicios «no personales»), fue utilizado para la contratación de servicios personalísimos bajo régimen de subordinación, lo que los convirtió en relaciones laborales sin protección laboral. En la última década, la magistratura constitucional declaró en múltiples ocasiones que los contratos de SNP encubren auténticas relaciones laborales y, en aplicación del principio de primacía de la realidad, estableció la laboralidad del vínculo, su continuidad y el pago de los beneficios que la legislación establece para los trabajadores. Los contratos de SNP conformaron una fórmula de encubrimiento de auténticos contratos de trabajo y de precarización laboral utilizada masivamente por la propia administración pública, justamente la organización encargada de asegurar la vigencia de la legalidad.

En segundo lugar, la ausencia de un marco regulador que impusiese parámetros cuantitativos o cualitativos para la contratación de los SNP, alentó su uso indiscriminado. La falta de límites cuantitativos determinó, por ejemplo, que en algunas entidades más del 50% del personal prestase servicios con contratos de SNP. De hecho, el último censo de empleados públicos –que revela información a diciembre del año 2004– daba cuenta que existían poco más de 60,000 contratos de SNP en las diversas entidades estatales (sin contar gobiernos locales ni entidades de tratamiento empresarial), lo que evidenciaba a las claras la magnitud del problema.

Por otro lado, la falta de criterios para la celebración de los contratos de SNP hizo que estos se celebrasen en todo tipo de entidad pública y en los más variados puestos de trabajo. Encontrábamos contratos de SNP en la administración pública central o en la periférica; en organismos que tradicionalmente conforman el núcleo estratégico de las actividades estatales –como la recaudación tributaria o el poder judicial– o en los proyectos para obras públicas. Igualmente, podían tener contrato de SNP los obreros, auxiliares, profesionales o altos funcionarios de las entidades públicas. Naturalmente, la falta de criterios cuantitativos o cualitativos vino acompañada también de diferencias de ingresos con relación a otros trabajadores estatales e incluso entre las propias perso-

na contratadas mediante los SNP. Según el censo de empleados públicos de 2004, los promedios de ingresos de los contratados en virtud de los SNP que desarrollaban labores en altos cargos públicos eran mucho mayores (S/. 8.095) que los de los altos funcionarios bajo régimen laboral público o privado; pero los ingresos promedio de quienes prestaban servicios como auxiliares eran muy inferiores (S/. 662) que quienes también laboraban como auxiliares bajo régimen laboral público o privado.

En tercer lugar, el régimen de SNP venía sirviendo como un canal para la discrecionalidad –y por qué no, para la arbitrariedad– en la provisión de personal en el sector público. El acceso a un puesto de trabajo como SNP no se encontraba sometido a las reglas del concurso público y la demostración del mérito, reglas cuyo objeto es custodiar la igualdad en el acceso de todos los ciudadanos a los empleos públicos y la profesionalización en el desarrollo de las funciones públicas. Se trataba, además, de un contrato temporal, renovable sin límite alguno y posible de concluir cuando así lo definiese la entidad pública sin alegar una causa objetiva, lo que también ponía en entredicho la imparcialidad del trabajador (que finalmente ve depender su puesto de trabajo de un criterio de fidelidad política) y, con ello, la imparcialidad del propio aparato administrativo.

El panorama configurado por los contratos de SNP fue objeto de propuestas de reforma en las que es posible distinguir dos posturas.

La primera postura se ubica en el año 2001, y fue planteada en el Informe Final de la «Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central»⁽¹⁰⁾. En este documento se propuso la creación de un «Contrato Administrativo de Servicios», figura sui generis de Derecho administrativo, no sujeta a las normas del régimen laboral de la actividad privada ni a las normas del régimen laboral público.

La segunda postura, integrada en las propuestas de reforma integral de las normas de empleo público, consistía en la eventual incorporación de los contratados por SNP al régimen laboral de carrera pública, previa demostración de mérito en un concurso público. Esta alternativa tuvo acogida en la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, que señalaba que: «Los contratados y los que prestan servicios por la modalidad de no personales que tengan vínculo vigente, podrán postular a las plazas que se convoquen de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley, otorgándoseles una bonificación en el puntaje proporcional a los servicios

⁽¹⁰⁾ Informe Final de la «Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central», conformada por Decreto Supremo N° 004-2001-TR, p. 12.

prestados a la administración pública, en caso de que empataran en la calificación con otro u otros». El proyecto de Ley General del Empleo Público que se tramita en el Congreso de la República (Proyecto N° 86/2006-CR) y que sustituiría a la Ley Marco del Empleo Público, también contiene una disposición similar. No obstante, su debate –en el venían participando las organizaciones sindicales de trabajadores públicos– permitía distinguir tres alternativas para la incorporación: quienes consideraban que la incorporación de los contratados mediante SNP al régimen de carrera debía ser automática; quienes consideraban que debían concursar con alguna ventaja dado su tiempo de servicios (como lo proponía la ley marco antes mencionada, que establece una bonificación en caso de empate); y quienes consideran que, para garantizar la absoluta igualdad de condiciones en el acceso a los empleos públicos de todos los ciudadanos, los contratados por SNP deben concursar y demostrar mérito sin ninguna ventaja de por medio.

Aun cuando –como se ha señalado– la Ley Marco del Empleo Público pareció optar por la postura de la incorporación previo concurso, la expedición de las normas que rigen el CAS ha significado la definitiva adopción de la primera opción y la conformación de un régimen paralelo y permanente para los SNP, cuyo contenido será analizado a continuación.

3. EL CONTENIDO DEL RÉGIMEN CAS

Ya entrando al análisis del régimen normativo del CAS, destacamos a continuación los contenidos del régimen que, bajo nuestra óptica, pueden resultar objetables bajo una perspectiva constitucional.

Resulta claro que el régimen normativo del CAS opta por no reconocer explícitamente que rige una prestación de servicios subordinados y, en cambio, define su objeto de regulación recurriendo a la curiosa denominación de prestaciones «no autónomas», inédita dentro de la elemental distinción entre «prestaciones de servicios autónomos» y «prestaciones de servicios subordinados» que sirve de línea demarcatoria a la aplicación de las normas laborales. No obstante, el elemento subordinación en el régimen del CAS es evidente, tanto por el tipo de relación que en la realidad se rige por sus normas (sirve de cobertura para el desarrollo de empleos públicos subordinados), como por las constantes menciones en la norma que excluyen de su campo de aplicación a las prestaciones de servicios realmente autónomas, como los contratos de consultoría o asesoría.

Establecido esto, no queda más que reconocer que las normas que regulan el CAS conforman un tercer referente de regulación de servicios subordinados

que, a diferencia de los dos regímenes existentes –de indudable carácter laboral–, está adscrito al Derecho administrativo. La norma señala que se trata de «una modalidad especial propia del Derecho administrativo y privativa del Estado», que no se encuentra sujeta 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.

Esta adscripción al régimen de Derecho administrativo puede ser objetable desde un punto de vista constitucional, sobre todo desde que el Tribunal Constitucional ha desprendido del carácter subordinado de una prestación de servicios la necesaria aplicación de la protección que otorgan las normas laborales constitucionales, lo que bien puede reconocerse como una asociación necesaria entre «subordinación» y «laboralidad». Bajo esta lógica, la calificación de un régimen de prestación de servicios subordinados en el empleo público como de «Derecho administrativo» no tendría cabida en nuestro medio, más aún, si a diferencia de lo que sucede con la Constitución española y con otros ordenamientos de acentuada tradición funcionarial, nuestra Constitución no prevé ni permite deducir un «estatuto» de los funcionarios públicos regido por el derecho administrativo⁽¹¹⁾.

Recordemos, además, que la aplicación de las normas constitucionales laborales a toda prestación de servicios subordinados en la administración pública ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional –supremo intérprete de la Constitución– en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público (Expediente Nº 008-2005-PI/TC). En dicha sentencia (Fundamento Nº 17), el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: «17. [...] es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnado». Es decir, el Tribunal Constitucional reafirma en primer lugar la aplicación del régimen constitucional del trabajo (capítulo 2 del Título I) a todas las prestaciones de servicios subordinadas en las entidades públicas, con lo que, por ejemplo, el derecho al trabajo, la libertad sindical (ni siquiera mencionada en

⁽¹¹⁾ Por citar un ejemplo muy recurrido, la Constitución española distingue el «estatuto de los trabajadores» del «estatuto de los funcionarios públicos», lo que ha servido a la doctrina y la jurisprudencia constitucional para establecer regímenes jurídicos distintos de Derecho laboral y de Derecho administrativo respectivamente, apoyada además en la larga tradición funcionarial española y en la conformación de un estatus especial para los funcionarios públicos. Nuestra Constitución en su

el régimen del CAS) y las normas y principios laborales establecidos en la Constitución son de incuestionable aplicación en este ámbito. En segundo lugar, la aplicación de estos derechos admite únicamente las particularidades y excepciones que la propia Constitución prevé y se complementa, además, con las disposiciones sobre la función pública (Capítulo 4 del título I), como la garantía de la carrera profesional, la publicidad de ingresos, la declaración jurada de bienes y el régimen de responsabilidades. Para el Tribunal Constitucional, estos son los parámetros de análisis y de articulación de todo régimen regulador de las prestaciones de servicios subordinados en las entidades públicas. ¿Cumple el régimen del CAS con estos parámetros?

Resulta igual de objetable que el régimen del CAS genere un nuevo tipo de prestador de servicios subordinados no reconocido ni previsto por el texto constitucional, que refiere solo a «funcionarios» y «trabajadores», esto últimos en régimen de carrera profesional. De esta forma, aunque desempeñara labores análogas a las del funcionario o servidor público en una misma entidad (lo que es muy frecuente), el prestador de servicios bajo régimen del CAS no será ni funcionario ni servidor público y carecerá del derecho a la carrera, no obstante lo cual accederá al desempeño labores permanentes en una entidad pública.

Otras disposiciones que mecen un análisis más detallado son las que establecen el carácter temporal y renovable del CAS, que ha pretendido anudarse a una causa objetiva por vía reglamentaria al agregarse que los contratos no podrán exceder el ejercicio fiscal. Sin embargo, aún con esta pretendida «causalización», el CAS sigue siendo un contrato en el que la discrecionalidad de la entidad define la duración de los contratos: estos pueden tener la duración que la entidad defina dentro del ejercicio fiscal y la no renovación de los mismos tampoco requiere de la verificación objetiva de las «necesidades de la entidad». Con esto, el régimen del CAS evade el margen del principio de causalidad en la contratación temporal, enunciado por el Tribunal Constitucional como contenido necesario del derecho constitucional al trabajo. Ciertamente, la titularidad del derecho al trabajo determina la aplicación del «principio de causalidad» en la contratación temporal y, por lo tanto, la incompatibilidad de toda modalidad contractual temporal para la cobertura de necesidades permanentes. El Tribunal Constitucional ha establecido la plena aplicación del principio de causalidad en el régimen laboral privado (sentencia recaída en el Expediente N° 1397-2001-AA/TC) y es incuestionable que en el régimen laboral público rige el mismo principio, dada, además, su plena compatibilidad con la garantía de la carrera profesional reconocida constitucionalmente. Además, el régimen del CAS es uno que al igual que lo que sucedía con los contratos de SNP, carece de un criterio delimitador que reduzca su uso solo a ciertas entidades (por ejemplo, solo en-

tidades periféricas) o a determinados puestos de trabajo (por ejemplo, solo cargos directivos) o de límites cuantitativos. De esta forma, el CAS resulta un régimen de contratación temporal posible en cualquier entidad o cargo, con lo que se mantiene abierta la posibilidad de su uso indiscriminado.

En lo que constituye una diferencia notable con el contrato de SNP, el CAS prevé el otorgamiento de ciertos beneficios laborales como la limitación de la jornada, descanso semanal, descanso vacacional reducido a 15 días calendario continuos por año cumplido, afiliación obligatoria al régimen contributivo que administra EsSalud, y la afiliación potestativa a un régimen de pensiones para quienes vienen prestando servicios y obligatoria para las personas contratadas bajo este régimen a partir de su vigencia (artículo 6º). Si bien la mejora en la situación de los trabajadores bajo el CAS es notoria en comparación con el contrato de SNP (cuyos trabajadores no accedían a ningún beneficio laboral), el paquete de derechos funda una nueva diferencia de trato legislativo (menos favorable) con relación al conjunto de beneficios que integran la protección laboral aplicable al común de los trabajadores. Por último, y aunque es de resaltar la voluntad de reconocer derechos a quienes prestan servicios en el Estado, es claro que la diferencia de trato legislativa que establece el Decreto Legislativo Nº 1057 carece de fundamento objetivo. Como ha venido sucediendo con los contratos de SNP, la posibilidad de que los prestadores de servicios bajo régimen del CAS desempeñen cualquier tipo de labor en una entidad pública pronto hará visibles las diferencias de trato entre trabajadores que, desempeñando idénticas labores, se encuentran sujetos a regímenes diferenciados, conformándose de esta forma una evidente vulneración del principio de igualdad que, como todos sabemos, vincula de un modo especialmente intenso al legislador y al Estado en su conjunto. Ni siquiera los criterios del Tribunal Constitucional fijados en la sentencia sobre el régimen agrario (Expediente Nº 00027-2006-AI/TC), que admiten diferencias de trato mediando la verificación condiciones peculiares determinadas por el tipo de labor o el sector de actividad, podrían justificar diferencias de trato apreciadas dentro de un mismo sector y para las mismas actividades.

4. COMENTARIO FINAL

El régimen del CAS se inscribe dentro de una sorpresiva línea de regularización de las personas contratados mediante SNP, diversa de aquella que consideraba su posible incorporación en el régimen de carrera profesional, observando las garantías de acceso en condiciones de igualdad y de mérito. Sin lugar a dudas, el presupuesto público es un condicionante exclusivo de la adminis-

tración pública que podría justificar un régimen transitorio orientado a la incorporación progresiva de los trabajadores sin vínculo laboral reconocido, pero que de ninguna manera alcanza a justificar la perpetuación de un régimen que, como lo propone el CAS, desconoce la laboralidad de los servicios prestados en régimen de subordinación, reduce la efectividad del régimen constitucional del trabajo, consolida diferencias de trato legislativo injustificadas y mantiene márgenes importantes de discrecionalidad en la provisión de servicios subordinados, todo lo cual plantea el riesgo de abonar muy poco a un desempeño imparcial y profesional de los empleos públicos.