

## REPLICA

Mario Pasco Cosmópolis

En lo fundamental, más allá de naturales diferencias sobre aspectos puntuales, la aparente contradicción entre las posiciones obedece al punto de partida, en el que creemos advertir una premisa incorrecta y, naturalmente, y como consecuencia de ella, algunas conclusiones inexactas.

La premisa es que parece haber una confusión entre el Derecho laboral, en tanto principios y valores, y la legislación laboral del régimen privado: a lo largo de la argumentación, las principales objeciones parten de comparar el CAS con los derechos y beneficios que la legislación contempla para los trabajadores privados, como si los sujetos a aquel lo fueran.

Nuestra posición, sustentada en la doctrina citada en anteriormente, es que dentro de los postulados y principios universales que se aplican a toda relación personal, remunerada y subordinada, coexisten al menos dos formas de Derecho laboral, la que regula las relaciones de tipo privado y la del Derecho administrativo, propia de las relaciones del Estado con sus servidores.

A ambos sistemas se aplican los derechos fundamentales, representados por los que recoge la OIT en su famosa Declaración de 1998, como también los proclamados por nuestra Constitución.

En ese orden de ideas, a todo trabajador, sea que se vincule con una empresa privada o con una entidad pública, le tienen que ser respetados los derechos a una jornada máxima, al descanso semanal, a las vacaciones anuales, etc., como también debe combatirse las peores formas de trabajo infantil, erradicarse el trabajo forzoso y toda discriminación.

Ahora bien, la premisa que en nuestra opinión falsea el resultado es que la pretensión de que la relación laboral de carácter público deba sujetarse a la legislación que regula a la actividad privada; o, dicho de otro modo, que esa relación se la deba sustraer del Derecho administrativo.

Hay aquí un error: que pertenezca al Derecho administrativo no significa que no se le apliquen tales principios. Significa, simplemente, que deben aplicarse además otras reglas, distintas de las vigentes para la relación privada.

Que no existe identidad entre una y otra aparece con nitidez de nuestra Constitución. Para demostrarlo del modo más sencillo basta transcribir los artículos 28º, en el Capítulo II del Título I: «De los derechos sociales y económicos», y 42º, en el Capítulo IV: «De la Función Pública», que literalmente señalan lo siguiente:

«Artículo 28º.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones».

«Artículo 42º.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga *de los servidores públicos*, No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales» (las cursivas son nuestras).

Fácil es apreciar que en los dos se reconocen el derecho a la libre sindicación y a la huelga, denominándolos en el segundo caso con una diferente terminología: servidores públicos, y no trabajadores como se utiliza para referirse a los privados. A quienes pretenden sostener que el Derecho administrativo no tiene cabida y que a los servidores públicos deben aplicárseles, sin más, los derechos reconocidos a los trabajadores privados se les hace difícil, por no decir imposible, explicar por qué existe esta duplicación, esto es, para qué, si ya los derechos colectivos están reconocidos con carácter ecuménico en el artículo 28º, el artículo 42º los repite para los servidores públicos.

La Constitución no puede ser redundante, ni contener artículos superfluos. Por lo tanto, la explicación cae por su propio peso: si no se hubieran establecido para estos con carácter expreso, resultaría inviable invocar en su favor las reglas del trabajador privado.

Igual sucede con los convenios de OIT. Son emblemáticos los Convenios N°s 87 y 98, sobre libertad sindical y negociación colectiva. Sin embargo, existe también el Convenio N° 151, que los reconoce para los servidores públicos. ¿Por qué? ¿Para qué? También aquí la respuesta es obvia: los primeros no son necesariamente aplicables a los servidores públicos.

Es necesario advertir que, si bien en nuestro país es perceptible un proceso de «laboralización», que ya fue objeto de comentario en nuestra ponencia anterior, ello no acontece en otros países, donde la separación se mantiene en términos radicales. Así sucede, por ejemplo, en Argentina, España y Uruguay, solo por citar tres países de donde han venido recientemente destacados maestros: Adrián Goldin, Fernando Valdez Dal Re y Oscar Ermida Uriarte, quienes confirmaron que eso es así.

Que se haya iniciado un proceso de laboralización en nuestro país no significa que el rol del Derecho administrativo haya sido abolido, y todas las relaciones del Estado deban estar gobernadas por la legislación laboral peruana, mucho menos si dicho proceso está lejos de concluir.

Hay, finalmente, un dispositivo concluyente y abrumador: la tercera disposición final y transitoria de la Constitución 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».

La premisa de que al CAS deba aplicarse la legislación laboral de la actividad privada puede ser un *desideratum* para algunos, pero está muy lejos de la realidad.

Nada de lo dicho puede llevar a pensar, sin embargo, que pretendamos que las relaciones recogidas por el CAS no sean laborales. ¡Claro que lo son! Pero regidas por el Derecho administrativo, no por la legislación laboral, como sucede también, sin escándalo para nadie, con los diplomáticos, los magistrados judiciales y fiscales, los maestros, los médicos y enfermeras, y con toda la inmensa población de servidores públicos comprendidos en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el Decreto Legislativo N° 276.

La norma no niega el carácter laboral de la relación; simplemente no la explicita. ¿Era indispensable que no hiciera? En nuestra opinión, no. Basta con el reconocimiento de los derechos fundamentales: jornada máxima, descanso semanal, descanso remunerado anual, protección básica con la terminación del contrato antes del vencimiento de su plazo, materializada en una indemnización tasada.

Se critica que la norma sobre el CAS no haga mención a la libertad sindical. ¿Era necesario? ¿Acaso el Perú no ha ratificado el Convenio N° 151? Por cierto que lo ha ratificado y, cosa *sui generis*, lo hizo a nivel constitucional, con la Carta de 1979. Quiere decir, entonces, que dicho convenio forma parte de la legislación interna, lo que hace innecesario volver a legislar sobre lo mismo.

Es que, como alguna vez dijo Ermida, en el Perú adolecemos de fetichismo legal: lo que no aparece legislado explícitamente pareciera no formar parte del mundo. Por eso estamos tan plagados de leyes, porque queremos que todo esté normado. Y si está normado varias veces, mejor. Aunque al final esas leyes ni siquiera se cumplan.

En síntesis: sin perjuicio de que el CAS esté regulado como parte del Derecho administrativo, que es su ámbito natural, su naturaleza laboral está fuera de discusión, como lo está la aplicación al mismo de todos los derechos fundamentales.

Que en vez de asumirlos directamente como subordinados, la norma utilice un sistema oblicuo y los denomine no autónomos no cambia nada. El antónimo de dependiente no es autónomo, sino independiente, como el de autónomo no es subordinado, sino heterónomo. ¿Sería mejor o se vería mejor que en lo sucesivo habláramos de trabajadores autónomos y heterónomos? ¿O de subordinados e «insubordinados»? Sinceramente, por esa vía terminaríamos discutiendo sobre el sexo de los ángeles, como en la antigua Bizancio.

\* \* \*

## REPLICA

Edgardo Balbín Torres

Nos cabe formular precisiones adicionales únicamente con relación a dos temas: el inexistente sustento estatutario del régimen del CAS en nuestro ordenamiento y la gravedad de sus inconsistencias internas.

En primer lugar, encontrar que lo poco que se ha escrito sobre empleo público en el Perú no nos debería llevar a trasplantar, sin una detenida reflexión previa, razonamientos elaborados con relación a referentes normativos e históricos distintos a los nuestros. Como ya se ha señalado, ni las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 definen dos estatutos diferenciados, ni desde sus orígenes la evolución de nuestras relaciones de empleo público forjó para los funcionarios y trabajadores un estatus especial o una dinámica propia y distinta de la relación de trabajo de los asalariados privados. Por el contrario, la cercanía sociológica entre ambos colectivos aceleró el proceso de asalarización del trabajador estatal, a lo que nuestra normativa ha respondido con la configuración de la relación de empleo público como una «relación laboral especial», sobre cuya indiscutible naturaleza laboral deben configurarse unas reglas específicas que atiendan a las evidentes particularidades que derivan del hecho de tener al Estado por empleador. Muchos son los elementos que dan cuenta de este temprano proceso de asalarización del trabajador público, pero solo recordaremos aquí dos de especial significación: el reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores estatales, lo que supone la reafirmación del «trabajador» público (así lo denomina además la Constitución de 1993) como contratante individual y colectivo con intereses contradictorios y conflictuales respecto del Estado-empleador; y, la asociación «subordinación / protección laboral», que en la lectura de nuestro texto constitucional, conduce al Tribunal Constitucional a reafirmar la plena aplicación de todo la gama de derechos laborales constitucionales a los trabajadores estatales. De esta forma, la naturaleza laboral de toda prestación de servicios subordinados al Estado no constitu-

ye en la actualidad una «opción legislativa», sino un auténtico mandato constitucional, que el CAS pretende evadir.

En segundo lugar, no dejamos de reconocer en el régimen del CAS un intento de afrontar la inadmisibile situación de los SNP, pero pienso que el intento puede resultar –además de reñido con nuestro modelo constitucional– muy disfuncional a los objetivos de forjar una administración pública eficiente y profesionalizada, basada en el mérito y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos. Para empezar, su carácter de «régimen permanente de contratación temporal y sin límite alguno» es incuestionable. De ninguno de los extremos de la norma se desprende carácter transitorio alguno, salvo que hagamos residir tal carácter en las buenas intenciones de reforma –poco probables– de un Estado empleador que se beneficia de un régimen que amplía sus facultades de disposición de la mano de obra. Por otro lado, el CAS reserva al Estado-empleador unos márgenes de discrecionalidad estratégicos y exorbitantes que serían la envidia de cualquier empleador: contratos temporales de por vida, sujetos a renovación discrecional dentro y fuera del ejercicio fiscal. Vale decir, trabajadores en los empleos públicos permanentes más variados –algunos de ellos estratégicos, para el buen funcionamiento del Estado– con vínculos precarios y, por ello mismo, a merced de la racionalidad política de la autoridad de turno y no de las necesidades auténticas de las entidades públicas. Finalmente, se trata de un régimen normativo que pretende satisfacer las exigencias de concurso público y mérito con la implementación de un procedimiento de selección que apenas impone la publicación en la web de las convocatorias y una evaluación curricular. Hablamos, pues, de una normativa que perpetúa la discrecionalidad y condolida la contratación clientelar y que, por ende, poco puede aportar a las aspiraciones de profesionalización e imparcialidad de los trabajadores y del servicio público.

Sin duda, si bien debe reconocerse que el régimen del CAS consagra algunos beneficios no reconocidos para los trabajadores que prestaban servicios en virtud del contrato de SNP, cabe preguntarse si dicho paquete de beneficios se inspira en el objetivo de garantizar finalmente un acceso progresivo al estándar de protección laboral de los otros trabajadores estatales, lo que como hemos señalado antes resultaría justificable atendiendo a las evidentes limitaciones de nuestro presupuesto público. Parece, más bien, que el carácter de «régimen permanente» del CAS descarta la posibilidad del acceso progresivo a cualquier estándar de protección laboral (que, por cierto es más ventajoso que el CAS en cualquier de los dos regímenes laborales aplicables a los trabajadores estatales) y configura un sistema de costos salariales reducidos para el Estado, escudado en el argumento del cumplimiento de los derechos fundamentales entendi-

dos erróneamente como parámetros de suficiencia y no cómo parámetros de base a partir de los cuáles debe producirse una continua mejora de la protección laboral. Se trata, pues, de la racionalidad de la rebaja del costo laboral como medida de formalización o de impulso de la competitividad, tan frecuente (lamentablemente) entre nosotros en el ámbito de la empresa privada, ahora en cabeza del Estado-empendedor.