

EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS: DE LA RIGIDEZ DEL UNILATERALISMO A LA DESLABORALIZACIÓN

César Puntriano Rosas^(*)

1. LA INSOSTENIBLE PRECARIEDAD LABORAL DEL ESTADO Y EL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO COMO INSUFICIENTE JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN LABORAL

El trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria por el Estado como lo dispone nuestra Constitución, imponiendo el mandato que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. El Estado, principal responsable de cumplir y hacer cumplir la Constitución parece haber olvidado dicha disposición.

En efecto, como es de público conocimiento, el Estado para contratar a su personal ha venido empleando por muchos años una modalidad carente de todo sustento jurídico denominada «servicios no personales» (en adelante, SNP), la cual supone un flagrante desconocimiento de los derechos laborales y principalmente de la dignidad del trabajador, dando la espalda al mandato constitucional mencionado.

Bajo esta modalidad de contratación, amparada en limitaciones presupuestales, argumento a nuestro entender insuficiente frente a la vigencia de los derechos de los trabajadores, no se reconoce ningún derecho laboral

^(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ni mucho menos acceso a la seguridad social a los trabajadores contratados bajo esta figura.

Es importante comentar que la regulación estatal buscó otorgar cierta legitimidad a este mecanismo de contratación al regularla en el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios no Personales para el Sector Público, aprobado mediante Decreto Supremo N° 065-85-PCM, el cual definía a los SNP como «actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros; se mide en y por sus efectos o resultados».

Los trabajadores afectados por esta modalidad de contratación han podido plantear reclamaciones laborales a nivel judicial, ya sea para tentar el cobro de beneficios sociales o su reposición, esto último mediante el proceso constitucional de amparo. En estos casos es de aplicación el principio de primacía de la realidad, el cual supone que ante la discordancia entre los hechos y las formas, el juzgador debe preferir los hechos; en el caso de los SNP la discordancia se refería a que los trabajadores eran formalmente pero subordinados en los hechos, por lo que primaba la realidad y se declaraba la existencia de una relación laboral.

Esta forma de contratación estatal ha sido objeto de estudio en innumerables oportunidades, pero lamentablemente se ha mantenido en el tiempo. Recordemos que en el año 2001, una Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, creada mediante el Decreto Supremo N° 004-2001-TR, y asesorada técnicamente por reconocidos especialistas, señaló que el denominado contrato de SNP no correspondía a ninguna categoría legal conocida, pues carecía de antecedentes y adecuada precisión. Frente a dicha constatación, la referida comisión elaboró un proyecto de norma que proponía un «contrato administrativo de servicios», cuya principal virtud era reconocer a dichos trabajadores los derechos consagrados por la Constitución y por los convenios internacionales ratificados por el Perú. El citado proyecto no fue materializado pese a que en el citado informe se señaló que existían más de cincuenta mil servidores de la administración central bajo el régimen de servicios no personales, cifra que en el año 2004, según datos obtenidos del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), se incrementó a 61,357 personas. Hasta hace unos meses estos servidores llegaban a más de 90,000.

El Ministerio de Trabajo, siguiendo la iniciativa de la Comisión Multisectorial ha expedido el Decreto Legislativo N° 1057, norma que al amparo de las facul-

tades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (en adelante, CAS), teniendo por finalidad garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública. Recordemos que esta norma se expidió inmediatamente después de los dispositivos que regulan al servicio civil⁽¹⁾.

Si bien en un inicio el Decreto Legislativo N° 1057 fue promocionado como un mecanismo para garantizar la meritocracia en el Estado, y que suponía un avance en cuanto al otorgamiento de algunos derechos para las personas contratadas en virtud de los contratos de SNP, una reflexión más profunda permite advertir que esta modalidad de contratación sigue atentando contra la dignidad del trabajador pues crea un régimen distinto, y discriminatorio, que desconoce la existencia de una relación laboral y por ende el acceso a derechos fundamentales de los contratados mediante el contrato de SNP.

Adicionalmente, el régimen del CAS ha significado la vuelta al unilateralismo estatal, al encuadrar a estos trabajadores en el Derecho administrativo y no en el ámbito del Derecho del trabajo como se encontraban desde la Constitución de 1979 y el Decreto Legislativo N° 276.

En el presente artículo analizaremos los principales aspectos del Decreto Legislativo N° 1057, y su reglamento, aprobados por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, desde una perspectiva constitucional-laboral.

2. LA LABORALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS: EVOLUCIÓN NORMATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

El capitalismo industrial de fines del Siglo XIX generó una reforma de la administración pública a través de la ampliación de su capacidad ejecutiva e incremento de número de dependientes, teniendo esto último incidencia en la estructuración de la relación del empleo público⁽²⁾. El contexto capitalista

(1) Dichos dispositivos son el Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos; el Decreto Legislativo N° 1024, crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos; y el Decreto Legislativo N° 1025, aprueba normas de capacitación y rendimiento para el Sector Público.

(2) Vide BALBÍN, Edgardo, *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, PUCP, Lima, 2005, p. 23.

industrial reclamaba seguridad jurídica por parte de la burocracia estatal y el destierro de todo tipo de clientelismo, por lo que se incide en el sistema estatutario de organización del empleo, el cual reposa en el mérito a partir de competencias entre los ciudadanos para incorporarse a la administración pública.

La concepción estatutaria supone atribuir naturaleza pública a la relación de empleo, existiendo una suerte de supremacía basada en la preponderancia de los fines de la organización sobre los intereses individuales del burócrata. La doctrina conceptualizó la existencia de una relación de sujeción especial del servidor público respecto a su empleador el Estado, que se evidenciaba en una subordinación radical.

Esta noción estatutaria, afirma Balbín⁽³⁾, descansa sobre dos rasgos: a) la uniformización de los dependientes de la Administración y de sus condiciones de empleo, y b) la rigidez externa referida a mecanismos de acceso y extinción basados en un sistema de causalidad objetiva, e interna al recurrirse exclusivamente a la norma estatal para regular la relación de empleo.

Añade el autor que, «más que un mecanismo orientado a brindar garantías al trabajador en una relación de empleo, el estatuto se constituye en una herramienta de orientación de la actividad laboral hacia la consecución de un interés público, lo que consolida de este modo la absoluta supremacía de la organización administrativa en la relación de empleo⁽⁴⁾».

En nuestro país, fue la Ley N° 11377, Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, la norma que evidenció la admisión de nuestro ordenamiento a la tesis estatutaria, con componentes de rigidez interna, dejando el otorgamiento de beneficios laborales y condiciones de empleo a la norma heterónoma, privando al trabajador de toda posibilidad del ejercicio de derechos individuales o colectivos⁽⁵⁾, en el primer caso por encontrarse rígidamente normados por el estatuto, y en el segundo caso por su proscripción.

A nivel externo, la normativa en mención articuló el acceso a través de criterios de mérito y capacidad mediante el concurso siendo el nombramiento el acto fundacional de la relación de empleo, mientras que la extinción del empleo se sujetó a causales expresamente establecidas.

Respecto a los derechos colectivos, el artículo 49º de la Ley N° 11377 dispuso que los empleados públicos podían asociarse solo con fines culturales,

(3) *Ibíd*em, p. 29.

(4) *Ibíd*em, p. 39.

(5) *Ibíd*em, p. 89.

deportivos, asistenciales o cooperativos, encontrándose dichas asociaciones prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los Sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.

Este régimen estatutario es dejado de lado por nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución de 1979 que articula un sistema de empleo público asentado sobre el carácter laboral del vínculo. En palabras de Balbín: «[...] lo determinante [es] que la regulación se asiente sobre el innegable carácter laboral de la relación jurídica [...]». En suma, la Constitución de 1979 reconoce la condición laboral de los trabajadores públicos y los hace titulares de derechos laborales constitucionales.

A nivel infraconstitucional, el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, del año 1984, consagró en su articulado la concepción laboral del régimen de los trabajadores públicos. A decir de Neves, esta consagración legislativa de una regulación distinta de la aplicable a los trabajadores del sector privado no atribuye una noción estatutaria al modelo sino que delimita la especialidad de una relación netamente laboral⁽⁶⁾. Sostener que al regular una carrera administrativa el Decreto Legislativo N° 276 retorna a fueros estatutarios significaría realizar una interpretación aislada del marco constitucional entonces vigente.

Respecto al carácter laboralizador del Decreto Legislativo N° 276, compartimos lo señalado por Balbín cuando afirma que «[...] no puede calificarse al diseño legal de estatutario del Derecho administrativo. [...]. El modelo de relaciones laborales en la administración pública tiene como principal referente al texto constitucional [...]. El modelo de Estado social y democrático y la conceptualización de los derechos laborales constitucionales como de titularidad de todo sujeto inserto en una relación jurídica de intercambio de trabajo por salario, constituyen el punto de inicio de la etapa laboral de la relación de empleo público [...]»⁽⁷⁾.

La Constitución Política de 1993, actual texto constitucional, recoge en su reducido articulado en materia laboral la categoría de «trabajadores públicos», lo cual zanja cualquier discusión que pudiera existir sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. El término en mención implica reconocer la naturaleza laboral de la relación de empleo público y su consecuente regula-

(6) NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2000. p. 41.

(7) BALBÍN, *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, cit., p. 112.

ción por derechos laborales constitucionales y por los principios del derecho del trabajo⁽⁸⁾.

En el marco de esta regulación constitucional se expidió la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, cuya constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC⁽⁹⁾, a raíz de una demanda interpuesta por Juan José Gorriti y otros.

La Ley Marco es clara al señalar en el artículo I de su Título Preliminar que su finalidad es «establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada, basada en el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, el desarrollo de los valores morales y éticos y el fortalecimiento de los principios democráticos, para obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas». Advertimos una referencia a los derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, lo cual pone en evidencia que esta norma es acorde con la Constitución vigente toda vez que el respeto a la dignidad del trabajador supone el reconocer que su relación con el Estado es de naturaleza laboral, así como su acceso a derechos fundamentales laborales, la posibilidad de ejercer derechos colectivos y el goce de condiciones adecuadas de trabajo.

El reconocimiento de la dignidad del trabajo supone que su relación de trabajo sea calificada como decente, pues como lo señaló el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Memoria a la 89ª Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo en Ginebra en junio de 1999, la consecución del trabajo decente es aquel que se realiza en un ámbito que respeta los derechos laborales fundamentales, recibe un ingreso suficiente o digno, permite acceder a la protección social y seguridad en el trabajo y se enmarca en el diálogo social.

El artículo de la Ley Marco glosado debe leerse conjuntamente con el artículo IV del Título Preliminar que consagra a los principios de legalidad y de Derecho laboral.

El primero de ellos señala que los derechos y obligaciones que generan el empleo público se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política, leyes y reglamentos; y el segundo, que rigen en las relaciones individuales

(8) *Ibidem*, p. 116.

(9) Puede accederse a esta sentencia en el portal web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe.

y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 1023, norma que ha creado a la Autoridad Nacional del Servicio Civil tiene por objetivo que dicha crear autoridad asuma el papel de organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil. Nos parece válida esta apuesta por una gestión eficiente de los recursos humanos en el sector público, la cual reafirma la consideración de que nuestro ordenamiento ha dejado de lado el viejo unilateralismo para considerar al trabajador público como comprendido en el marco del Derecho el trabajo, y con derechos como cualquier trabajador. El hecho de que existan formalidades especiales, limitaciones presupuestarias o un ente rector especializado se justificarían por las especiales funciones que prestan estos trabajadores, al estar en juego el interés de la colectividad.

3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS COMO RETROCESO A LA LABORALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS, Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Conforme lo dispone el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1057, el régimen especial del CAS 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.

Por su parte, el artículo 3° de l mencionado decreto legislativo establece que el CAS es una modalidad especial propia del Derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por el Decreto Legislativo N° 1057, 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.

Complementando lo anterior, el artículo 1° de su reglamento señala que el CAS vincula a una entidad pública con una persona natural que presta *servi-*

cios 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 el presente reglamento. 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.

En otras palabras, esta norma estaría negando la condición de trabajador a una persona que presta sus servicios en virtud de un CAS pese a que la propia regulación indica se comprende servicios no autónomos, es decir, *subordinados*. Además, adscribe esta prestación de servicios subordinados al Derecho administrativo, pretendido extraerla, sin justificación alguna, del Derecho del trabajo. Este dispositivo evidencia la intención del legislador de retornar a las rigideces unilateralistas que impedían que los trabajadores ejercieran sus derechos individuales y colectivos bajo la equivocada bandera del interés de la comunidad.

Ahora bien, que una prestación de servicios personales sea subordinada supone la inmediata aplicación del Derecho del trabajo en toda su magnitud, pues quien presta servicio se constituye como trabajador, y quien los recibe como empleador, que la ley disponga lo contrario contravendría lo que constituye la esencia del Derecho del trabajo.

La subordinación, a decir, del profesor Neves⁽¹⁰⁾, es un «vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto». La subordinación es el elemento determinante de laboralidad.

Cuando el Estado actúa como empleador, que duda cabe, el personal que contrate puede encontrarse adscrito al régimen laboral de la actividad pública, siendo la regla general en este aspecto que, si el empleador es una entidad perteneciente al sector público, su personal pertenece al régimen laboral de la actividad pública, salvo que exista norma del mismo rango legal del citado Decreto Legislativo N° 276, que lo excluya de dicho régimen laboral, comprendiéndolo en el régimen laboral de la actividad privada. Esto ha sido también afirmado por el Corte Suprema en el precedente vinculante recaído su Casación N° 1507-2004-Lima.

Siendo así, es posible que una norma con rango legal adscriba al personal al régimen laboral de la actividad privada, o que inclusive coexista más de un

⁽¹⁰⁾ NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del trabajo*, PUCP, Lima, 2009, pp.35 y 36.

régimen laboral en la entidad estatal, ya que podría suceder que una entidad con régimen laboral privado haya incorporado personal de otra con régimen laboral público.

En tal sentido, resulta carente de toda lógica jurídica el regular una prestación personal «no autónoma», es decir, subordinada, fuera del manto protector del Derecho del trabajo.

3.1. La inconstitucional exclusión de los CAS del Derecho del trabajo

La situación jurídica de los CAS es un ejemplo de lo que en doctrina se conoce como «labor excluida», es decir, aquella que pese a ser una prestación personal, subordinada y remunerada es excluida por mandato legal del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo⁽¹¹⁾.

La exclusión no es total, pues se reconocen ciertos derechos como el descanso semanal, la jornada máxima, las vacaciones o la seguridad social en salud, bajo términos no laborales, en todo caso creemos que resulta cuestionable que se sustraiga esta prestación del ámbito laboral cuando es evidente que se trata de una relación subordinada como la propia normatividad lo reconoce, además tengamos en cuenta que no existiría un fin constitucionalmente legítimo con dicha exclusión.

Consideramos que la exclusión atenta contra el principio de igualdad y, por ende, es discriminatoria, pues establece diferenciaciones irrazonables y carentes de toda justificación entre trabajadores que realizan las mismas funciones. Pensemos en una oficina estatal en la cual laboran asesores legales adscritos al régimen de carrera administrativa (Decreto Legislativo N° 276), régimen laboral privado y CAS. ¿Cuál sería la justificación objetiva y razonable para esta diferencia? Evidentemente que ninguna.

La regulación del CAS estaría vulnerando el derecho de los trabajadores comprendidos en dicho régimen a ser tratados en forma igual con aquellos trabajadores que realizan las mismas funciones pero pertenecen a otros regímenes que si les concede el reconocimiento formal como trabajadores. Esta manifestación de la igualdad está recogida por nuestra Constitución en el artículo 2º.2⁽¹²⁾.

(11) *Ibidem*, pp. 49 y 50.

(12) Que literalmente señala: «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».

La igualdad es un principio y también un derecho que constituye un límite a la actividad del legislador y que será invocable ante los tribunales ordinarios y en última instancia ante el Tribunal Constitucional.

Este último ha reflexionado en la sentencia recaída en el Expediente N° 0649-2002-AA/TC, sobre la igualdad ante la ley, afirmando que es un principio constitucional a la vez que un derecho subjetivo que garantiza el trato igual de los iguales y el desigual de los desiguales.

En ese sentido, y con el objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de cláusula de la igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia mencionada que la medida diferenciadora no solo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad.

Creemos que la regulación del CAS no resiste el mayor análisis del test de igualdad toda vez que la medida diferenciadora no se sustenta en base objetiva ni tampoco se trata de una medida adecuada y necesaria. Si bien se podría afirmar que existía una necesidad de formalizar y otorgar cierta protección social a miles de CAS, creemos que la justificación no es apropiada y nos permite concluir que el régimen CAS es discriminatorio y por ende inconstitucional.

Por otro lado, además de constituir un régimen discriminatorio, consideramos que el CAS atenta contra la dignidad del trabajador contratado bajo este régimen, pues no le permite acceder a un trabajo que respete sus derechos fundamentales laborales, le asegure condiciones de trabajo adecuadas como un horario y una retribución apropiada, y cautele su seguridad y salud laboral (ambiente seguro). El artículo 1° de nuestra Constitución de 1993 dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Sin embargo, parecería que el Estado considera que este pilar de los derechos fundamentales, como es la dignidad de la persona humana, no le alcanza porque es el Estado. Consideramos que este razonamiento es totalmente equivocado, pues el Estado debería dar el ejemplo en la protección de los derechos laborales de su personal. En la medida que el Estado fiscaliza el cumplimiento de la normativa laboral en el sector privado, creemos que debe comenzar por casa, es decir, primero regularizar la condición de los trabajadores que se encuentran a su disposición.

En consecuencia, la regulación del CAS atenta contra la Constitución de 1993 en dos aspectos: a) su regulación discriminatoria estableciendo diferencias carentes de justificación alguna; y b) la infracción a la esencia de los derechos fundamentales, es decir a la dignidad del trabajador al crear trabajadores de «tercera clase» que acceden a mínimos derechos laborales.

3.2. Posibilidad de los contratados mediante CAS de acceder a la tutela jurisdiccional y lograr su reconocimiento como trabajadores

Ante la injusticia que se perpetraba contra el personal contratado mediante SNP, este decidió aguardar a la finalización de su vínculo contractual para entablar demandas contra su ex empleador con el fin de obtener el pago de los beneficios que nunca le fueron reconocidos, al desconocerseles la condición de trabajadores o inclusive su reposición si el despido era inconstitucional.

Podemos citar por ejemplo ejecutorias de la Corte Suprema recaída en las Casaciones N° 963-2004-Lima, 2169-2003- Lima y 2440-2003-Lima, en las que amparó las demandas y dispuso el pago de beneficios sociales a los demandantes.

Un argumento de defensa de las entidades estatales, que fue dejado de lado por la Casación N° 2440-2003-Lima, consiste en la imposibilidad de considerar como trabajador a una persona contratado mediante SNP que no ingresó por concurso, cuya contratación no cumplió con las formalidades legalmente previstas para el ingreso de personal al Estado.

La ejecutoria en mención señaló que, «[...] la inobservancia de la emplazada de normas y límites de orden interno que si bien tienen el carácter imperativo, dependen por su naturaleza de su absoluto control no pueden soslayar la existencia del contrato de trabajo que en la realidad se configuró, [...] pues lo contrario importaría vaciar de contenido a la garantía contenida en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Estado que precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, imponiendo de este modo una cláusula de salvaguardia de los derechos del trabajador [...]».

En otras palabras, el Estado no podía valerse de un acto propio para abusar en la contratación del personal⁽¹³⁾. Compartimos lo señalado por Ávalos Jara

⁽¹³⁾ La Casación N° 1507-2004-Lima enfatizó ello e inclusive indicó que las normas presupuestarias no pueden limitar el reconocimiento de una relación laboral.

cuando afirma que amparar dicho alegato estatal constituiría un atentado contra los derechos fundamentales del trabajador⁽¹⁴⁾.

Adicionalmente, citamos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos en los Expedientes N°s 0991-2000-AA/TC, 2387-2002-AA/TC, 0833-2004-AA/TC, 1944-2002-AA/TC y 03710-2005-PA/TC, en los cuales el máximo intérprete de nuestra Constitución sostuvo, que «[...] en virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución–, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos [...] la actividad desarrollada por la demandante, más allá de lo pactado en contratos de prestación de servicios no personales, está impregnada de los elementos típicos de un contrato de trabajo [...]». Podemos enumerar otros casos en los que el Tribunal Constitucional aplicó rasgos sintomáticos para calificar la relación civil como laboral, tal es el caso de los Expedientes N°s 04814-2005-PA/TC, 03589-2005-PA/TC, entre otros.

Así, mediante una aplicación directa del principio de primacía de la realidad los trabajadores estatales que se encontraban bajo el régimen del contrato de SNP eran reparados por el despido abusivo o eventualmente repuestos a su centro de trabajo mediante procesos de amparo.

Adicionalmente, en cuanto a la reposición de los contratados mediante el contrato de SNP, consideramos que la falta de formalidades para el ingreso de un trabajador a laborar al sector público no debe ser obstáculo para que se reivindique su dignidad y sus derechos fundamentales. En ese sentido, discrepamos con quienes afirman que la reposición debe hacerse efectiva bajo la condición de SNP y no de trabajadores, pues ello sería avalar un acto abusivo del Estado⁽¹⁵⁾.

Hasta aquí entonces tenemos que el servidor de contratado mediante SNP se encontraba constitucional, legal y jurisprudencialmente habilitado, ya sea para reclamar el pago de sus derechos laborales previo reconocimiento de su

(14) ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, *Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema*, Grijley, Lima, 2008. p. 19.

(15) Una posición distinta se puede encontrar en GARCÍA GRANARA, Fernando, «El principio de primacía de la realidad en el empleo público. La acción de amparo y las locaciones de servicio», en *Actualidad Jurídica*, T. 152, Lima, 2006. Una posición en contra y similar a la nuestra puede verse en ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, «El trabajador que fue repuesto mediante proceso de amparo, ¿tiene derecho a ser incorporado automáticamente a la planilla de trabajadores de su empleadora que es una entidad estatal?», en *JuS Jurisprudencia*, N° 2, Lima, 2008, pp.335-343.

vínculo laboral. La pregunta que sigue es si la situación varía con los servidores que prestan sus servicios mediante CAS en la medida que existe un estatuto legal que regula su relación contractual, el Decreto Legislativo N° 1057, cuyo artículo 3° expresamente dispone que el CAS es una modalidad especial propia del derecho administrativo privativa del Estado, no generando relación laboral ya sea pública o privada.

Ahora bien, si una persona que labora en virtud de un CAS demanda el pago de sus beneficios sociales y, por ejemplo, acredita su vinculación dependiente a la entidad que lo contrató, la jurisprudencia podría sostener que la exclusión del Derecho del trabajo de esta relación de facto laboral es inconstitucional en tanto atenta contra la dignidad del trabajador y contra el mandato que impide desconocer sus derechos constitucionales. Así, aplicando el control difuso previsto en el artículo 138° de nuestro texto constitucional, el juez podrá preferir la Constitución antes que el Decreto Legislativo N° 1057 y amparar la demanda.

Esta salida es compleja sin duda, y exigirá además valor por parte del magistrado, pues estará fallando contra el propio Estado en un tema aparentemente zanjado. En todo caso, veamos que dice la jurisprudencia sobre el particular.

En cuanto a la tutela restitutoria del proceso de amparo frente al despido de una persona contratada mediante un CAS a efectos de que califique como arbitrario, nulo o fraudulento, es preciso señalar que a partir del precedente vinculante sobre la procedencia del amparo en materia laboral en la sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. Emapa Huacho S.A.⁽¹⁶⁾, publicada el 22 de diciembre de 2005, la vía del amparo resulta residual frente a la contencioso administrativa.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional señaló que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. Así, dispuso que aquellas demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública deberán ser declaradas improcedentes, puesto

(16) Para un mayor análisis de los supuestos de procedencia del proceso constitucional de amparo en materia laboral respecto al régimen laboral privado, vide PUNTRIANO ROSAS, César, «Criterios de procedibilidad de la acción de amparo en materia de despido. A propósito del precedente vinculante del Tribunal Constitucional.», en *Actualidad Jurídica*, T. 147, Lima, 2006.

que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contenciosa administrativa.

Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental.

En consecuencia, si quien presta sus servicios en virtud de un CAS opta por el proceso de amparo luego del precedente vinculante para ser repuesto, debe probar la falta de idoneidad de la vía contenciosa administrativa, que se encuentra en alguno de los supuestos indicados en el párrafo precedente, o que su empleador se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Ayudará a la posición del demandante el haber venido laborando en la entidad en calidad de SNP antes de operar la conversión al CAS.

4. INSPECCIÓN LABORAL Y CAS

Como lo dispone el artículo 4º de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, la actuación de la inspección del trabajo se extiende a todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas sociolaborales, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y se ejerce en los lugares en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando el empleador sea del sector público o de empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, siempre y cuando estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

En otras palabras, la inspección laboral no comprende aquellas relaciones laborales sujetas al régimen de la actividad pública regulado por el Decreto Legislativo N° 276.

En el año 2008, la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo había declarado expresamente que no realizaría inspecciones para verificar la desnaturalización de los denominados contratos de SNP, que como se indicó anteriormente eran una herramienta de contratación de trabajadores que suponía un flagrante desconocimiento de sus derechos laborales esenciales bajo el absurdo argumento de la existencia de limitaciones presupuestarias. Mediante la Directiva N° 003-2008-MTPE/2/11.4, la Dirección Nacional estable-

ció que al encontrarse regulada la contratación de SNP por la legislación sobre contrataciones y adquisiciones del Estado y no bajo el régimen laboral privado, no eran procedente actuaciones inspectivas.

Con esto se daba la espalda a aquellos trabajadores que buscaban la aplicación de la legislación reconocida a los que prestan sus servicios en virtud de un CAS o cualquier constatación que les fuera útil en posteriores demandas.

Siendo necesaria la actualización de la directiva en mención, la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo ha emitido recientemente la Directiva N° 009-2008-MTPE/2/11.4, Directiva nacional sobre criterios a tener en cuenta para el desarrollo de la función inspectiva en las entidades de la administración pública.

Esta Directiva establece que los que prestan servicios mediante un CAS no se encuentran bajo su ámbito de competencia y añade que, «cualquier supuesto de desnaturalización que se alegue del régimen de Contratación Administrativa de Servicios debe ser regulado a través de la Dirección General de Administración u órgano que haga sus veces de cada entidad como instancia única, debiendo posteriormente en caso de persistir el reclamo acudir a la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo».

Advertimos, pues, que la directiva cierra la puerta a los laboran en virtud de un CAS para solicitar que la inspección laboral constate en una visita inspectiva cualquier incumplimiento laboral por parte del empleador. Ello no resulta ajeno al ordenamiento legal, toda vez que el propio Decreto Legislativo N° 1057 lo sustrae del Derecho laboral y del régimen laboral privado, por lo que no sería competente la inspección laboral.

Recordemos que en tanto administración, la inspección laboral no puede pasar por encima de la ley, y que la aplicación del control difuso para considerar inconstitucional al Decreto Legislativo N° 1057 está limitado a aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten «justicia administrativa» con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados⁽¹⁷⁾, no siendo ella la condición del inspector laboral.

En todo caso, quien presta sus servicios mediante un CAS podrá actuar administrativamente o recurrir al órgano jurisdiccional para cuestionar la naturaleza de sus servicios, alegando la inconstitucionalidad de este régimen.

⁽¹⁷⁾ Precedente vinculante contenido en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, proceso seguido por Ramón Hernando Salazar Yarlénque contra la Municipalidad Distrital de Surquillo.

5. CONCLUSIONES

El régimen de la contratación administrativa de servicios (CAS) ha sido expedido con la intención de ordenar laboralmente a la masa crítica de trabajadores que se encontraban prestando servicios en el Estado sin que se les reconociera beneficio o derecho laboral alguno. Con el CAS se quiere evitar la falta de legitimidad del Estado para verificar el cumplimiento de los derechos laborales en el sector privado al no ser responsable con sus obligaciones como empleador.

Si bien en un inicio el régimen en mención fue promocionado como un mecanismo para garantizar la meritocracia en el Estado, y que suponía un avance en cuanto al otorgamiento de algunos derechos para las personas que laboraban mediante un contrato de SNP, quienes a ese momento no contaban con ningún beneficio acorde con su dignidad como seres humanos, una reflexión más al detalle nos lleva a afirmar que el CAS sigue atentando contra derechos fundamentales laborales al crear un régimen especial o paralelo al laboral público y privado –a nuestro entender– con dos fines: a) el malentendido ahorro presupuestario, y b) evitar reconocer explícitamente la equivocación estatal de mantener fuera de planillas a más de 80,000 trabajadores, pues ello generaría una avalancha de demandas judiciales así como la pérdida de aquellos procesos en curso.

La norma reglamentaria es contradictoria con el interés del Estado de negar relación laboral a las personas contratadas bajo el CAS, pues contempla instituciones propias del Derecho laboral como el sobretiempo, el pago de la remuneración vacacional, supuestos de suspensión perfecta e imperfecta del vínculo, la indemnización por despido, y la remuneración mínima.

Creemos que esta regulación no ha sido una respuesta correcta al gran problema de la contratación estatal, la cual pasa por crear un sistema eficiente que atraiga a los mejores profesionales, todo ello en escrupuloso respeto de los derechos laborales de los mismos.

Finalmente, somos de la opinión que el Estado deberá actuar con escrupuloso respeto a los derechos fundamentales de sus trabajadores y reconocer que los CAS poseen un vínculo de naturaleza laboral, decisión que se daría en armonía con nuestro texto constitucional.