

EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

El primer paso a la formalización laboral del Estado

LUIGINO PILOTTO CARREÑO⁽¹⁾

Para comenzar, debo manifestar que no es mi intención hacer un análisis pormenorizado de lo que es el régimen del Contrato Administrativo de Servicios, pues este ha sido desarrollado en extenso, dentro de la comparativamente corta vida del mismo. Simplemente, mi meta es bastante más modesta, al buscar explicar cómo evolucionó dentro de nuestro ordenamiento, el tratamiento legislativo otorgado a un grupo de personas que ha brindado sus servicios al Estado peruano y cómo el criterio de un gran profesor en Derecho del Trabajo, a mi entender, comenzó un cambio que era indispensable, dentro del sistema laboral.

Antes de la dación de la Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil, un primer paso a la formalización laboral del Estado peruano, se dio con la aprobación del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, hoy llamado simplemente CAS. Como es conocido por todos, con antelación a este acto, el Estado, tal vez con la finalidad de aparecer más pequeño de lo que era y dar la apariencia de reducir la abultada “burocracia” generada por distintos criterios poco técnicos, incentivó el uso de los contratos denominados contratos de “Servicios No Personales” o SNP.

Pero ¿qué era este contrato? Fue a través del Decreto Supremo N° 065-85-PCM, Reglamento Único de Adquisiciones y Suministro de Bienes y Servicios

(1) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil. Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad San Ignacio de Loyola, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad ESAN. Actualmente, jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos

No Personales del Estado, por el que se creó, de manera excepcional, una vía por la cual el Estado podía contratar a personas para que realicen labores dependientes, utilizando la figura de la locación de servicios. Inclusive, este contrato fue definido por la Resolución Directoral N° 007-99-EF-76.01, que aprobó el Glosario de Términos del Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado, definiéndolo como aquel en el cual “(...) el locador de servicios se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, sin que medie vínculo laboral. En el Sector Público dicho contrato se denomina contrato de servicios no personales”.

Según la fuente del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a diciembre de 2004, el total de la planilla del Estado ascendía a 1'372,742 personas (servidores, pensionistas titulares y sobrevivientes), de los cuales, 61,357 (4 %) se encontraban contratados bajo el régimen de Servicios no Personales.

Inclusive, diversas entidades del Estado, a través de normas internas, determinaban que los SNP, debían cumplir con el horario de trabajo, realizar las prestaciones que se les indicasen utilizando los medios que para tal fin se le otorgaban. Es decir, en la práctica, nos encontrábamos ante verdaderos trabajadores, solamente que precarios, pues no gozaban de ninguno de los derechos laborales que la legislación otorgaba, por lo que carecían por completo de cualquier tipo de protección.

Diversa jurisprudencia se encargó de enderezar este entuerto, al señalar que este sistema era utilizado por el Estado para aparentar una supuesta relación contractual de tipo civil, cuando en esencia nos encontrábamos ante relaciones laborales escondidas.

Fue el Poder Judicial, el que aplicando el principio de Primacía de la Realidad, trató de enderezar las cosas, determinando, de manera expresa, que, en caso de duda entre lo que se establece en los documentos y lo que ocurre en la realidad, debemos preferir a esta última. Ya en el año 2000, a través de un Pleno Jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia determinaba que:

“EL PLENO ACUERDA:

PRIMERO. Si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

SEGUNDO. De darse el supuesto anterior, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, el Juzgado deberá poner en conocimiento de las instituciones que correspondan o entidades del Estado que tengan a su cargo la administración y o fiscalización de las contribuciones y aportaciones sociales, para los efectos pertinentes”.

Esta posición se vio reforzada por diversas sentencias tanto del mismo Poder Judicial, como del Tribunal Constitucional que, en años posteriores, reafirmaron este principio. Este último, en la sentencia recaída en el Exp. N° 1944-2002-AA/TC, en su tercer fundamento, señalaba que:

“(…) 3. En el caso autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada”.

Igual criterio lo encontramos en las sentencias recaídas en los Exps N°s 2142-2003-AA/TC⁽²⁾ y 03710-2005-PA/TC⁽³⁾, las cuales también reconocen que el principio de primacía de la realidad, se encuentra implícito dentro de nuestro ordenamiento y, por lo tanto, en caso de existir discrepancias entre la documentación que se presenta y los hechos, primarán siempre estos últimos.

Estas sentencias revelaban un contexto por demás contrario a la esencia del Derecho del trabajo, el cual busca proteger los derechos de los trabajadores, al ser la parte más débil de la relación laboral. Siendo el Estado el llamado a defender dichos derechos, era **este el que imponía situaciones** contrarias al mismo, obligando a diversos trabajadores a brindar sus servicios al mismo Estado, en condiciones de subempleo y de discriminación. Es decir, estas personas no gozaban

(2) “2. Conforme se desprende de las resoluciones expedidas por la Dirección Nacional del Instituto Nacional de Cultura y de los contratos de servicios no personales, obrantes de fojas 44 y 69 a 114 de autos, el recurrente laboró en forma ininterrumpida por más de un año, y desarrolló labores de naturaleza permanente en las áreas de limpieza y vigilancia del Museo Regional de Ica, adquiriendo la protección que establece el artículo 1 de la Ley N° 24041”.

(3) “4. Con relación al principio de primacía de la realidad que, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (f. j. 3 de la STC Exp. N° 1944-2002-AA/TC)”.

de ningún derecho laboral y tampoco podían percibir los beneficios previsionales que se les debían otorgar, por dicha prestación. No solo no tenían protección de los sistemas de inspección de trabajo, sino que no contaban con cobertura de salud, ni tampoco aportaban a un sistema pensionario, hecho que, evidentemente, los llevaba hacia un futuro incierto al momento que tuvieran la edad para gozar de una pensión.

Es en ese momento, que, en el año 2008, el doctor Mario Pasco Cosmópolis, en su calidad de ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, impulsa la dación del Decreto Legislativo N° 1057, el primer paso en la dirección correcta para corregir esa distorsión que tanto daño generó a diversas personas durante más de dos **décadas**. Cuando uno lee la exposición de motivos de la mencionada norma, se percata que el Estado ha reconocido la inadecuada utilización de la locación de servicios en las diversas entidades de gobierno como forma de captación de personal, hecho que vulneraba, de manera directa, los derechos fundamentales⁽⁴⁾.

Sin embargo, como toda transición, esta se hizo, y se debe hacer, de manera paulatina. En un primer momento, este contrato administrativo de servicios tampoco tenía la naturaleza laboral, otorgándosele una categoría de contrato administrativo que no implicaba el reconocimiento de la condición de trabajadores a las personas que se encontraban sujetas a sus regulaciones. La misma exposición de motivos antes citada, señalaba de manera expresa que si bien los contratos de servicios no personales no se encontraban previstos dentro de ninguna categoría jurídica en nuestro ordenamiento, se señalaba que esta nueva forma de contratación era “sui generis”, enmarcada dentro del Derecho Administrativo peruano.

Dentro de este avanzar progresivo, el segundo paso importante en el mismo, se dio con la dación de la sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

Es en esta sentencia en la que el Tribunal otorga al mencionado régimen dos categorías importantes, determina tanto su constitucionalidad y, por lo tanto, la validez de su aplicación como mecanismo para alcanzar el reconocimiento

(4) “No obstante la contratación de personal para la prestación de servicios al Estado, especialmente en las entidades cuyo régimen laboral es el de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa –Decreto Legislativo N° 276–, se ha venido produciendo en los últimos años a través de ña utilización de los contratos denominados de ‘servicios no personales’ y otras formas contractuales cuyo contenido no conlleva el goce efectivo de derechos fundamentales”.

pleno de los derechos laborales a todos los trabajadores del Estado, así como también el otorgamiento de su condición de régimen laboral especial.

Es decir, ya no nos encontrábamos ante personas con un vínculo administrativo con ribetes de contrato civil, como lo fue el CAS en su primera etapa, sino ante un contrato laboral pero con derechos menores a los demás trabajadores del Estado. Esto resulta claro y evidente de los fundamentos 19 y 20 de la referida sentencia, los mismos que definen al CAS como:

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

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

Al ser este un nuevo régimen laboral, privativo solamente para su aplicación dentro de entidades del Estado, nos encontramos ante la posibilidad de su coexistencia con otros ya existentes y utilizados también por las instituciones de gobierno, como son el régimen laboral de la actividad pública, regido por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, así como el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Si bien es cierto, existen posiciones que consideran que debe protegerse a ultranza los derechos laborales de las personas comprendidas dentro del régimen CAS, por lo que su actual regulación resulta negativa para ellos y para el mismo

Estado, pues no solamente incrementa la cantidad de sistemas laborales que son aplicables dentro del mismo (recuerden que dentro del Estado existen otros regímenes especiales como el diplomático, el magisterial, el del Poder Judicial y el de los fiscales del Ministerio Público, entre otros muchos más) sino que también genera dentro de una misma Entidad, tratamientos laborales diferenciados por trabajos similares o de similar valor, contradiciendo así el principio de no discriminación contenido dentro de nuestra Constitución así como en el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a igualdad de remuneraciones, entre otras tantas disposiciones.

Todo ello puede ser cierto, pero vale preguntarse: ¿qué hubiera sucedido si no se contase con este sistema?; ¿continuaría aplicándose de manera irrestricta la contratación por servicios no personales, la cual no otorgaba ningún tipo de beneficio a los reales trabajadores? Bueno, creo que ciertamente, esta era la opción más real, por las siguientes consideraciones:

1. Para cubrir una plaza dentro del Estado, se requiere que esta se encuentre presupuestada y vacante, lo cual implica que exista. Mientras no se termine la migración hacia la Ley del Servicio Civil, tal aseveración implica que, para poder contratar personal, el puesto debe estar comprendido dentro del Cuadro de Asignación de Personal - CAP aprobado, el cual, por regla casi general (con excepción de los organismos constitucionalmente autónomos), para su modificación, requerían de informes previos de diversas instancias que podrían tener injerencia en el mismo. Hoy por hoy, nos encontramos en un limbo particular, en el cual se aplica a unos pocos organismos del Estado, la posibilidad de aprobar un CAP provisional, dado que a la fecha, ya no es factible aprobar uno definitivo, al haber sido derogado el Decreto Supremo N° 043-2004-PCM, por el reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobada por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM⁽⁵⁾.
2. El Estado sigue creciendo y cambiando, pues asume roles que antes no cumplía, sea a través de la creación de nuevas entidades (ministerios como los del Ambiente, el de Inclusión Social, entre

(5) DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA.- Derogaciones

(...)

e) Derógase el Decreto Supremo N° 043-2004-PCM - Normas para la formulación del Cuadro para la asignación de Personal - CAP.

otros; entidades como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), programas como Pensión 65, Qali Warma, Cuna Más, entre otras), sea por la asunción de mayores controles en entidades ya creadas como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria o la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, por poner algunos ejemplos; los cuales, como resulta lógico, requieren de personal nuevo que permita cubrir esas nuevas o mayores necesidades.

3. Todos los años, en la Ley de Presupuesto para el Sector Público, siempre se incluye un artículo que prohíbe no solamente el incremento de las remuneraciones de los trabajadores del Estado sino también el ingreso de personal nuevo⁽⁶⁾.

En tal sentido, si tengo mayores obligaciones, mayor cobertura, quiero brindar un mejor servicio pero mi personal está al límite de sus facultades, ¿Qué me queda por hacer, dado que, legalmente, desde el punto de vista laboral ordinario, no puedo seguir captando más personal?, creo que la respuesta cae de madura, pues resulta por demás lógico que debo, por cualquier medio, contar con más personal, si deseo llegar a las metas que me he propuesto.

Claro, en algunos casos, nos encontraremos con entidades ineficientes que requieren, aparentemente, de más personal, pues no saben utilizar de manera adecuada sus recursos humanos o a estos, simplemente no les interesa brindar un mejor servicio, dado que dentro de su círculo de confort, igual percibirán su remuneración y al Estado le resultará bastante difícil el desprenderse de ellos, dada la alta protección con que cuentan ante el despido, por lo que, por unos cuantos, la fama inadecuada de “burócratas”, caerá sobre todos aquellos que brindamos servicios dentro de las entidades en general.

Regresando a la evolución del régimen CAS y siguiendo el camino hacia la aplicación de un solo sistema laboral para todo el Estado peruano, el siguiente paso dado fue la dación de la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales.

(6) Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015

Ley N° 30281

Artículo 8. Medidas en materia de personal

8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento...

Al momento de su discusión en el Congreso, se solicitaron opiniones de diversas personales, naturales y jurídicas, las cuales expresaron posiciones muy similares a las que hoy nos permitimos plantear. Así por ejemplo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Oficio N° 0117-2011-MTPE/1.1, remite el Informe N° 939-2011-MTPE/4/8, de la Oficina General de Asesoría Jurídica, el cual concluye que si bien los que formularon el proyecto de ley están de acuerdo con que existe un tratamiento discriminatorio, el cual debe ser eliminado en plazos breves, a través de una reforma del régimen laboral aplicable al sector público nacional, la aprobación del entonces proyecto de ley, era un avance en la dirección correcta.

Igual criterio esboza la Defensoría del Pueblo cuando emite su opinión sobre el referido proyecto de ley (hoy Ley N° 29849), a través del Informe N DP/AAE-2009-022, el cual recata como positivo, el reconocimiento de derechos laborales para el personal sujeto al CAS, pero también señala la necesidad de realizar cambios de manera progresiva, para lo cual sugiere la aprobación de un cronograma.

Asimismo, los doctores César Gonzales Hunt, Pedro Morales Corrales y Javier Neves Mujica, en su calidad de miembros del Comité Consultivo de la Comisión de Trabajo, concluyeron que es un avance respecto del tratamiento otorgado previamente, pero no es la situación ideal, por lo que se debe pensar en la aprobación de un régimen laboral único para el Estado peruano, que elimine estas distorsiones para los trabajadores que le prestan servicios.

Por las consideraciones antes indicadas, el régimen CAS, siguió creciendo. Si recordamos, el MEF, en el año 2004, determinaba que el total de la planilla del Estado ascendía a 1'372,742 personas (servidores, pensionistas titulares y sobrevivientes), de los cuales, 61,357 eran SNP, en el 2011, fecha de aprobación de esta Ley, del total de la planilla del Estado (1'570,434 personas), 84,238, se encontraban bajo el régimen CAS, es decir, un incremento de 37.29 % en un periodo de siete años.

En el año 2012, el entonces ministro de Trabajo, José Villena, señalaba al diario *El Comercio* que no había una cifra oficial **de trabajadores públicos, por lo que se desconocía su número total**. Sin embargo, manifestaba que, según sus cálculos, habría un millón 300 mil servidores en los gobiernos nacional y regionales, de los cuales el 46 % estaba en el régimen CAS, 35 % en el régimen del Decreto Legislativo N° 276 y 19 % en el del Decreto Legislativo N° 728⁽⁷⁾.

(7) Diario *El Comercio* Sección Portafolio. Miércoles 18 de enero de 2012.

Esta última estadística, aunque algo imprecisa, me permite concluir que bajo el CAS estaban a esa fecha, cuando menos unas 500,000 personas aproximadamente, a nivel nacional; cifra nada pequeña y que debe, necesariamente, ser llevada hacia un régimen de mayor protección y reconocimiento de sus beneficios laborales. Consideramos que ese camino se está llevando a cabo, de manera lenta pero continua.

Es cierto, no es la mejor de las soluciones, no podemos decir que hemos llegado a la meta, pero lo que debemos considerar es que hemos avanzado bastante, en relativamente corto tiempo, desde la situación preliminar, presentada hasta el año 2008, con aquella que se generó a partir de la dación del Decreto Legislativo N° 1057, norma que rompió con más de 20 años de un tratamiento inadecuado, por decir lo mínimo, de un grupo importante de personas que brindaban sus servicios al Estado. Es decir, los antiguos SNP, en siete años, lograron más beneficios que en los veinte años anteriores. Ciertamente, debemos reconocer que es un avance.

Considero que, la entrada en vigencia de la Ley de Servicio Civil, con todos los argumentos a favor y en contra que se están plasmando, significará un paso muy grande para esas personas que no tenían beneficio alguno y que, cuando ingresen a ese nuevo sistema laboral, habrán concluido un largo sendero que abre para ellos o para las personas que quieran trabajar en el Estado, un nuevo destino, marcado por el reconocimiento real de sus derechos laborales.

Todo este andar se lo debemos a alguien que dio ese primer y difícil paso cuando tuvo la capacidad de hacerlo, quien poseyó el coraje necesario para darlo y enfrentarse a críticas, internas y externas, es decir, de dentro y de fuera del Gobierno, quien, como laboralista que fue, debió realizar concesiones para comenzar a caminar por este sendero que hoy comentamos y que conduce a los antiguos SNP, hoy CAS, hacia el reconocimiento total de esos beneficios laborales tan anhelados. Nos referimos a nuestro siempre presente amigo y maestro, el doctor Mario Pasco Cosmópolis.