

UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER S.A.

Facultad de Derecho y Ciencia Política



TESIS:

**“VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL
RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE
SERVICIOS”**

Para optar el título profesional de Abogado

Presentada por la Bachiller:

MARÍA ISABEL CONDEZO TAIPICURI

Docente asesor:

Francisco Alberto Gómez Sánchez Torrealva

LIMA, 2012

DEDICATORIA

Gracias Dios por haber puesto en mi camino a aquellas personas que me acompañaron durante todo el periodo de estudio y por permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mi madre, por darme la vida, por creer en mí, por haberme apoyado en todo momento, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien y por ser la persona que me enseñó a ser quien soy ahora, pero más que nada, por su amor.

Gracias mamá, todo esto te lo debo a ti.

A mi padre, a pesar de nuestra distancia física, siento que estás conmigo siempre y aunque nos faltaron muchas cosas por vivir juntos, sé que este momento hubiera sido tan especial para ti como lo es para mí.

A mis padres y a esa persona especial, porque creyeron en mí y porque me sacaron adelante, dándome ejemplos dignos de superación, porque en gran parte gracias a ustedes, hoy puedo ver alcanzada mi meta, ya que siempre estuvieron impulsándome en los momentos más difíciles de mi carrera, y porque el orgullo que sienten por mí, fue lo que me hizo ir hasta el final.

A mis maestros por la motivación para la culminación de mis estudios profesionales y en especial a mi asesor por su gran apoyo para la elaboración de esta tesis.

A mi familia, gracias por haber fomentado en mí el deseo de superación y el anhelo de triunfo en la vida.

A todos, espero no defraudarlos y contar siempre con su valioso apoyo, sincero e incondicional.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I: Cuestiones preliminares

1.1	El Derecho al Trabajo	
1.1.1	Concepto constitucional y Doctrinal	1
1.1.2	Contenido del Derecho al Trabajo	2
1.1.3	Principios del Derecho al Trabajo	4
1.2	Elementos de la relación laboral	9
1.2.1	La prestación personal	9
1.2.2	La subordinación	10
1.2.3	La Remuneración	11
1.3	La contratación laboral	12
1.3.1	Los contratos de naturaleza temporal	13
1.3.2	Los contratos de naturaleza accidental	14
1.3.3	Los contratos de obra o servicio	16

CAPITULO II: La contratación laboral en el derecho comparado

2.1.	La contratación laboral en regímenes públicos que tutelan los derechos de los trabajadores	17
2.2	La contratación laboral en regímenes públicos que regulan contrataciones paralelas al régimen laboral	25

CAPITULO III: La inconstitucionalidad de la contratación administrativa de servicios

3.1	Los contratos administrativos de servicios	
3.1.1	Antecedentes	35
3.1.2	Régimen jurídico del CAS	37
3.1.3	Naturaleza jurídica del CAS	39
3.1.4	Características de la prestación en los CAS	39
3.2	El CAS: los argumentos que la sustentan y la critican	44
3.2.1	Argumentos a favor de los CAS	44

3.2.1.1	Contrato de locación de servicios vs CAS	45
3.2.1.2	Posición del Tribunal Constitucional	46
3.2.2	Argumentos en contra de los CAS	51
3.3	El análisis de los CAS a partir de la Igualdad	55
3.3.1	Dimensiones de la igualdad	55
3.3.1.1	Principio de Igualdad	55
3.3.1.2	Derecho a la igualdad	57
3.3.2	Clasificación de la igualdad	58
3.3.2.1	Igualdad formal	58
a.	Ante la ley	58
b.	En la ley	60
c.	En la aplicación de la ley	61
3.3.2.2	Igualdad Material	62
a.	Igualdad de Trato	62
b.	Igualdad de Oportunidades	64
3.3.3	Diferenciación	66
3.3.3.1	Concepto	66
3.3.3.2	Clasificación	68
a.	Trato diferenciado justificado	68
b.	Trato diferenciado injustificado	70
3.3.4	Discriminación	71
3.3.4.1	Concepto	71
3.3.4.2	Clasificación	75
a.	Directa	75
b.	Indirecta	75
3.4	Comparación entre los trabajadores contratados bajo distintos regímenes laborales en el sector público	76
3.5	Vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores del régimen CAS	79
3.5.1	Derecho al trabajo a la luz del Principio de Primacía de la Realidad	79
3.5.2	Derecho a la dignidad humana	81
3.5.3	Derecho a la igualdad y no discriminación	82
3.6	Propuestas para inaplicar los contratos administrativos de servicios	83
3.6.1	Control difuso de Convencionalidad del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.	83
3.6.2	¿Test de Proporcionalidad?	87
3.6.2.1	Pasos a seguir para verificar si una diferenciación es válida	

o si deviene en discriminatoria	87
3.6.2.2 Aplicación del Test de Proporcionalidad al Decreto Legislativo N° 1057: Norma que regula el Régimen Especial Laboral de los Contratos Administrativos de Servicios – CAS.	89
3.7 Derogación de los Contratos Administrativos de Servicios de la legislación peruana	93
3.7.1 Extinción paulatina de los CAS	93
3.7.2 Derogación de los CAS	95
• Conclusiones	98
• Recomendaciones	100
• Bibliografía	101

INTRODUCCIÓN

A mediados del 2008, el Derecho ha prestado singular atención a un régimen especial laboral llamado régimen de la contratación administrativa de servicios conocido comúnmente como CAS. Ello a consecuencia de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios surgiendo con la finalidad de otorgar derechos a aquellos contratados bajo la modalidad de Servicios No Personales, quienes no tenían derecho o beneficio alguno. No obstante, esta nueva forma de contratación vulnera derechos laborales

Pese a que nuestra legislación y jurisprudencia reconoce los principios de igualdad de oportunidades, progresividad laboral entre otros principios que resguardan el derecho al trabajo como bien jurídico tutelado y de atención prioritaria del Estado, las mencionadas disposiciones legales resultan ineficaces al momento de resolver situaciones en las que se transgrede los derechos laborales de los trabajadores tal como se podrá apreciar en el presente estudio, lo cual ha generado la afectación a estos principios y derechos.

Esta situación acarrea un serio menoscabo en aquellos trabajadores del sector público que son contratados bajo un régimen limitativo y reducido de derechos, debido a que se restringe arbitrariamente el derecho al trabajo. Sin embargo, pese a los constantes reclamos y pedidos de derogación de esta norma, tales propuestas no han sido eficaces para revertir los efectos lesivos de esta forma de contratación, ya sea debido a la poca fuerza normativa, ineficiente motivación de las resoluciones judiciales, aplicación ineficaz de los principios laborales e inaplicación de instrumentos internacionales que garantizan la efectividad o ejercicio de los derechos laborales.

Por ese motivo, se ha decidido estudiar el tema de los contratos administrativos de servicios y la vulneración de derechos laborales como consecuencia de este de contratación, debido a que el agravio originado a aquellos trabajadores contratados bajo este régimen menoscaba principios y derechos laborales como el principio y el derecho de igualdad, principio de igualdad de oportunidades, de progresividad laboral entre otros, vulnerando así el derecho al trabajo.

De ello se desprende la importancia de la presente investigación el cual tiene por objetivo principal determinar si la derogación del marco legal sobre la contratación administrativa de servicios garantizará la variación de su contratación por una de naturaleza de trabajo, haciendo posible la concreción de la estabilidad laboral en el sector público. Por otro lado,

el objetivo conexo consiste en establecer si los contratos administrativos de servicios vulneran el principio de igualdad de oportunidades laborales al avalar la contratación de personal que realiza las mismas labores que la de aquel contratado dentro de una relación laboral.

En razón a ello, el estudio será realizado en tres capítulos. Este comprende el derecho al trabajo, cuyo primer capítulo nos ayudará a conocer de manera general el significado e importancia de este derecho, así como los elementos esenciales dentro de una relación laboral y los principios laborales que inspiran esta rama del derecho.

Por otro lado, tenemos la contratación laboral en el derecho comparado como segundo capítulo, ello en definitiva nos permitirá tener un mayor enfoque sobre nuestra problemática en base a la normativa extranjera con la finalidad de procurar soluciones que puedan contrarrestar las falencias que presenta nuestra legislación. Asimismo, identificar si otras legislaciones o países enfrentan la misma problemática en materia laboral, y de ser el caso que medidas adoptan estos para su pronta y eficaz solución.

Por último, tenemos la inconstitucionalidad de la contratación administrativa de servicios, donde trataremos y profundizaremos sobre esta forma de contratación, analizaremos sus antecedentes, que motivos la crearon, su naturaleza ¿es de naturaleza administrativa o laboral?, analizaremos además si dicho régimen vulnera principios y derechos laborales y en base a ello se harán propuestas que permitan en la medida de lo posible erradicar los Contratos administrativos de servicio de nuestra legislación.

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

CAPITULO I: Cuestiones preliminares

1.1 El Derecho al trabajo:

1.1.1 Concepto:

El fundamento constitucional del derecho al trabajo, se encuentra en el artículo 22º de la Constitución Política de 1993¹, por lo cual queda establecido que el trabajo más que un deber es un derecho que dignifica a la persona como pieza fundamental de la sociedad y sujeto de protección por parte de Estado.

Como bien señala nuestra Carta Política, el derecho al trabajo es un derecho que tiene toda persona; no obstante, la precariedad de acceso a un empleo en nuestro país demuestra que no todos pueden acceder a ella precisamente por la falta de empleo.

Por otra parte, hay quienes laboran y ejercen su derecho al trabajo pero bajo condiciones prácticamente de esclavitud y en la total informalidad, donde el trabajador desconoce que son beneficios laborales como consecuencia de esa prestación de servicios y laborando incluso más de las horas legalmente establecidas.

Entonces, no bastaría que una persona tenga dicho derecho si las condiciones en la que se ejerce a su vez transgrede o vulnera otros derechos que resguarda la Constitución como el de igualdad de oportunidades laborales, ya que un buen número de la población que labora de manera subordinada y recibe una remuneración por tales actividades no se encuentran amparados por el Derecho de Trabajo.

Por su parte, Martins Catharino, citado por Vólia Bomfim señala que el Derecho del Trabajo:

“Es el conjunto de principios y normas que rigen las relaciones principalmente inmediata o mediatamente relacionados con el trabajo

¹ Artículo 22, CONSTITUCION POLITICA DEL PERU DE 1993. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

*remunerado, libre, privado y subordinado, y también aspectos relativos a la existencia de los que la ejecutan*². (Traducción nuestra)

En ese sentido, si aquellas personas que realizan actividades que se supone deberían ser amparadas por el derecho de trabajo no son protegidas y dotadas de los derechos que les asisten, nos preguntamos para quienes resulta efectivo el derecho al trabajo y sus consecuentes beneficios de ley.

Asimismo, que calificativo merecería un servidor contratado bajo el régimen de la contratación administrativa de servicios que realiza una actividad de manera personal, percibe una remuneración y presta servicios con un horario establecido por la entidad contratante, si salta a la luz que tal actividad regulada bajo un contrato administrativo cumple con los tres requisitos esenciales por la cual debería ser regulada por un contrato laboral. Es decir, esta forma de contratación debería ser regulada por el Derecho laboral y no por el Derecho Administrativo.

A lo largo del presente trabajo y mediante el análisis en los capítulos posteriores responderemos a estas y otras interrogantes.

1.1.2 Contenido del Derecho al Trabajo:

El Tribunal Constitucional señala dos aspectos importantes que constituyen el contenido esencial de este derecho: *“El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa”*³. De lo expuesto se deduce que el Estado tiene el deber de proporcionar los medios necesarios para que los ciudadanos puedan acceder a un puesto de trabajo digno y que además goce de cierta estabilidad laboral, por lo que ante situaciones de despido sin justificación alguna es necesaria la presencia de Estado.

Asimismo, el mismo colegiado ha señalado que *“se afecta al contenido esencial del derecho del trabajo cuando a una trabajadora pública, que gozaba de estabilidad laboral, se le despide sin la observancia del procedimiento establecido por la legislación laboral de los trabajadores públicos”*⁴. En efecto, al ser despedido sin mediar causa alguna o no haber señalado las causas de despido prevista en la norma

² “É o conjunto de princípios e normas que regulam, principalmente, as relações imediata ou mediatamente ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado e subordinado, e, ainda, aspectos relativos à existência dos que o executam”. (BOMFIM CASSAR, Vólia. Direito do Trabalho. 5ta. Edição. Editorial Impetus Niteroi RJ. Brasil. 2011, pág. 4).

³ STC Nº 1124-2001-AA/TC. FJ. 12.

⁴ STC Nº 0661-2004-AA/TC. FJ. 8

evidentemente se está vulnerando el derecho al trabajo. Sin embargo, existen servidores que en la práctica se comportan como trabajadores que también ven violados sus derechos ya que tampoco tienen derecho a una estabilidad en el trabajo.

Sin embargo, a diferencia de un trabajador y un servidor (denominado así por pertenecer a un régimen de contratación administrativa), digamos que al menos cuenta con un recurso o herramienta para hacer prevalecer su derecho a la estabilidad laboral y no ser despedido o a una reposición de su empleo, ya sea por la vía administrativa o judicial, pero a diferencia de los servidores contratados bajo un contrato administrativo de servicios, en adelante CAS, no poseen dicho derecho respecto a la reposición en el trabajo tal como señala la jurisprudencia:

(...) al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutoria (indemnización)⁵.

En ese sentido, si éste fuese despedido sin justificación alguna, solo podrá vía proceso contencioso administrativo, reclamar una indemnización correspondiente al pago de dos contraprestaciones dejadas de percibir⁶.

El derecho al trabajo también es igualdad y para el caso concreto esa desigualdad es notoria por donde se vea, violando así derechos laborales de manera formal y legítima.

Por su parte, la doctrina internacional amplía el contenido del derecho al trabajo al señalar que el contenido de dicho derecho comprende:

*“(...) garantías contra el paro, escuelas de aprendizaje, agencias de colocaciones, determinación de las causas de despido e indemnización por despido injustificado,
(...) salario, contrato de trabajo, limitación de la libertad contractual, relación de trabajo,
(...) Derecho Colectivo del Trabajo (sindicatos profesionales, convenios colectivos de condiciones de trabajo, conflictos y conciliación y arbitraje)”⁷.*

⁵ STC N° 0661-2004-AA/TC. FJ. 8. Párrafo 4°, literal d), inciso 7° (...) al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutoria (indemnización).

⁶ Decreto Supremo N° 075-2008 (Modificado por Decreto Supremo N° 65-2011-PCM), Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios. Artículo 13.3 Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad contratante, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, se aplicará el pago de una penalidad, al momento de la resolución contractual, equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses.

Para otros autores, el contenido de dicho derecho va más allá de acceder a un puesto de trabajo, ello más bien hace referencia a facultades que otorgan o derivan del derecho al trabajo, entre los cuales es de destacar el contrato de trabajo y la relación de trabajo, pues como se sabe pese a existir trabajadores que según el régimen de la contratación administrativa de servicios, en adelante CAS, los denomina servidores, no tienen un contrato laboral sino más bien un contrato administrativo que no acredita ninguna relación laboral con la Entidad contratante y por ende no son acreedores de beneficios propios de un contrato laboral.

1.1.3 Principios del derecho al trabajo:

El Tribunal Constitucional ha expresado que los Principios Laborales son:

“aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”⁸.

Plá Rodríguez citado por Neves Mujica, refiere además que:

“los principios son líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones y sirven en diversas fases de la vida normativa”⁹.

De lo expuesto se desprende que los principios permiten la expansión de criterios con la finalidad de encontrar la mejor solución y una correcta aplicación de la norma, por ello resulta más que necesario su invocación en las diferentes controversias que puedan suscitarse tanto en el campo civil, penal o laboral.

Para fines del presente trabajo hemos considerado omitir los principios irrenunciabilidad de derechos, in dubio pro operario y de norma más favorable, por no resultar pertinentes al tema que nos compete, no sin antes resaltar la importancia en el Derecho Laboral.

- **Principio de igualdad de oportunidades.-**

En términos generales, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

⁷ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1997, pág. 322.

⁸ STC N° 0008-2005-AI/TC. FJ. 20.

⁹ NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo”. 1ra edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009, pág. 125

“La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria”¹⁰.

Ya sea en el ámbito laboral o en otras áreas, la prevalencia de la igualdad de oportunidades debe ser un principio que sea aplicable a todo ciudadano en busca de un puesto laboral.

Para una mejor concepción y amplio detalle, consideramos necesario tratar sobre este tema en los capítulos posteriores, donde precisaremos con mayor análisis la importancia de este principio y su comparación con el tema en cuestión.

- **Principio de primacía de la realidad:**

Si bien este principio no está reconocido expresamente en nuestra Carta Política, el Tribunal Constitucional le ha otorgado el carácter de principio constitucional al haber señalado que:

“el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, que consagra al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°)”¹¹.

En efecto, tal principio no se encuentra expresamente en nuestra constitución; sin embargo, el contenido esencial en dicho principio es proteger derechos fundamentales como el derecho al trabajo, y ello se da al ponderar actos o situaciones que se dan en la actividad laboral, prevaleciendo lo realizado por la persona siempre que se verifique que su estancia en él sea de manera permanente, bajo subordinación y a cambio de una remuneración, pues ello configuraría una verdadera relación laboral.

Consideramos pertinente señalar brevemente el significado de dicho principio para que en capítulos posteriores analicemos con profundidad la relevancia y su relación con el tema materia de estudios.

- **Principio de progresividad laboral:**

¹⁰ STC N° 0008-2005-AI/TC. FJ. 23.

¹¹ STC N° 0689-2003.FJ. 3.

Entre los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional sobre la materia, destaca la referencia sobre el contenido del principio de progresividad sobre el cual el colegiado ha expresado que:

“la frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general [...], que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹².

Si bien dicho principio no forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Política, así como el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los Tratados internacionales en materia de derechos humanos se incorporan al ordenamiento jurídico interno vía interpretativa, y siendo que el principio de progresividad laboral se encuentra contemplado en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁴, resulta aplicable su incorporación y uso de este principio en nuestra legislación.

Este principio compromete a los Estados partes a que las leyes adoptadas aseguren la progresividad de los derechos laborales y no a la regresividad de los mismos.

Sin perjuicio de lo dicho, Toledo Toribio citando a Barbagelata refiere además que el principio de progresividad puede ser interpretado en dos sentidos:

*“En un **primer sentido** la expresión se refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, como admitía el artículo 427 del Tratado de Versalles... y ...en un **segundo sentido** la progresividad puede*

¹² STC N° 0029-2004-AI/TC. F.J. 52

¹³ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

¹⁴ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 2.1 Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

*ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales*¹⁵.

Entendida esta situación, se asume que el Estado como protector de la sociedad y de los derechos a través de la Ley, debe velar por que el trabajador ejerza sus derechos laborales progresivamente y no permitir la involución de los mismos, toda vez que se pretenda contratar de manera ilegal a aquellos trabajadores que originariamente se regían bajo un contrato laboral para luego pasar a un régimen administrativo como es el caso de los trabajadores contratados bajo un contrato laboral de suplencia y que a raíz de una norma arbitraria ha obligado a convertir esos contratos laborales en contratos administrativos provocando la regresión de sus derechos laborales.¹⁶¹⁷

En ese mismo sentido, Pérez Crespo refiere que “una importante doctrina sostenía décadas atrás que el mismo implicaba, entre otras cosas, que un convenio no podía reformar *in pejus* otro anterior de la misma actividad (...)”¹⁸. De ello se desprende que una norma no puede ocasionar una disminución a los derechos laborales tal como sucede con el Decreto Legislativo N° 1057 y menos aún cuando estos tipos de contratos bajo este régimen son impuestos al trabajador dejándole la opción de aceptarlo o simplemente obligarlo a renunciar de sus puestos.

Como hemos advertido, este principio no se encuentra plasmado expresamente en nuestra Carta Magna; no obstante, es reconocida además de otros instrumentos por la doctrina laboral cuya aplicación determina que el vínculo laboral de un trabajador debe persistir en condiciones iguales pero nunca inferiores, constituyendo así una garantía para el trabajador.

Efectivamente, la doctrina sostiene que después de haberse determinado la existencia de una relación laboral, debe aplicarse el principio de continuidad establecido a favor del trabajador, haciéndolo resistente a las circunstancias que pudieran alterar tal carácter¹⁹. Es decir, otorgar la mayor seguridad dentro de una relación jurídica laboral,

¹⁵ TOLEDO TORIBIO, Omar. “El principio de progresividad y no regresividad en material laboral. [en línea] Disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf. Revisado el 29-mayo-2011.

¹⁶ “Judiciales paralizan 24 horas”. Disponible en: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/Actualidad/judiciales-paralizan-24-horas_78953.html. Revisado el 19 de mayo del 2011.

¹⁷ <http://historico.pj.gob.pe/cortesuperior/Lima/documentos/Pronunciamiento.pdf>. Revisado el 19-05-11

¹⁸ PEREZ CRESPO, Javier. “Los riesgos de la individualización del Derecho de Trabajo”. [en línea]. Disponible en web: <http://www.tel.org.ar/legales/causlab.pdf>. Revisado el 29 de mayo de 2011.

¹⁹ DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, Alfonso: Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿Regla o Excepción? Los Principios del Derecho del Trabajo en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Editorial Grijley. Perú. Pág. 283.

cuya seguridad no solo será en beneficio del trabajador y su desarrollo familiar y personal sino también en beneficio del empleador para quien labora.

Respecto a dicho principio nuestra jurisprudencia ha hecho referencia que:

“En virtud del principio de Continuidad, el contrato de trabajo que es de tracto sucesivo, esto es, que perdura en el tiempo, se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso pueden alterar tal carácter, por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, (...)”²⁰.

Con relación a los servidores contratados bajo un régimen administrativo, cuya relación laboral es inexistente con la Entidad contratante, pese a que el Tribunal Constitucional ha establecido que esta forma de contratación administrativa de servicios constituye un “régimen especial laboral”²¹. Desde esa perspectiva, no podríamos advertir acaso que un servidor CAS también debería estar amparado por el derecho laboral, bajo un contrato de trabajo y que con una nueva modalidad de contratación los beneficiados sean los trabajadores y no el Estado.

Al parecer, esa relación especial laboral que se supone debería garantizar de derechos laborales a aquellos servidores contratados bajo esta modalidad, no beneficia en absoluto a estos servidores, puesto que los pocos beneficios o derechos que actualmente tienen aun los mantiene en una total desigualdad viendo el proceso evolutivo de sus derechos laborales en una total regresión.

En resumen, el principio de progresividad laboral exige la no regresividad de los derechos laborales o cambios in pejus, es decir, una norma o decisión posterior no puede menoscabar o disminuir derechos laborales.

1.2 Elementos esenciales de la relación laboral:

Los elementos que configuran una relación laboral son tres, los cuales deben darse en forma conjunta.

²⁰ Casación N° 002144-2005 de la Sala Constitucional y Social Transitoria, Corte Superior de Lima, 29 de Septiembre de 2005 (caso Casación de Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Constitucional Y Social Transitoria N° 002144-2005, de 29 de Septiembre de 2005)

²¹ STC N° 0002-2010-AI/TC. F.J. 43

1.2.1 **La prestación personal:**

Por prestación personal se entiende que la labor o actividad debe ser realizada por el contratado sin delegación alguna, así la norma señala que:

“Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. (...)”²²

La prestación del servicio es indelegable, por lo que el trabajador debe laborar de manera directa, estableciendo así una relación laboral con el empleador.

Por su parte la doctrina señala que la prestación personal es *“uno de los elementos básicos del contrato de trabajo”²³*, entendiéndose como tal, aquella actividad que debe ser realizada por el propio trabajador sin opción a que pueda delegarlo; sin embargo, esto no determina que siempre se tratará de un contrato laboral, puesto que también en contratos como la locación de servicios se encuentra presente la prestación personal.

Respecto a los servidores del régimen CAS, como sabemos la contratación de un servidor bajo este régimen se da en razón de una convocatoria previa y siempre que reúna los requisitos que señala la entidad contratante, y precisamente por el perfil que cumple el postulante es contratado para realizar labores propias, por lo que debe cumplir las actividades encomendadas y señaladas de manera directa para el empleador.

Podemos concluir entonces que no solo el personal bajo el ámbito del Derecho laboral, es decir amparado bajo la Ley Laboral de Trabajo debe cumplir con este requisito, sino también el personal sujeto bajo la modalidad del régimen de la contratación administrativa de servicios, siendo éste uno de los principales elementos de un contrato administrativo de servicios.

1.2.2 **La subordinación:**

La subordinación es un elemento *“propio del contrato de trabajo”²⁴*, en ese sentido, el contratado se encuentra en una relación de subordinación toda vez que el trabajador se encuentra bajo la supervisión de su o sus jefes directos o del empleador.

²² Artículo 5° del Decreto Supremo N° 003-97-TR

²³ ELIAS MANTERO, Fernando. “El Contrato de Trabajo. Situación actual” en la Revista de Derecho “Vox Juris”, N° 7. Perú 1997, pág. 96

²⁴ NEVES MUJICA, Javier. Óp. Cit. p. 36

La norma señala que por el elemento subordinación se entiende que:

*“(...) el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
(...)”²⁵.*

Es importante señalar que si no existiera este elemento sería imposible alegar que existe un vínculo laboral con la entidad contratante, pues constituye un elemento relevante y esencial para determinar que estamos bajo una relación laboral.

En cuanto a los CAS, tanto la norma que la regula como su reglamento refieren que la prestación de servicios del contratado se realiza de manera no autónoma o subordinada. Bajo esa premisa, podemos afirmar que los CAS al cumplir con ese elemento esencial de subordinación -determinante para establecer un vínculo laboral-, convierte un contrato administrativo en un contrato laboral.

1.2.3 La Remuneración:

Es uno de los principales elementos de la relación laboral o del contrato de trabajo, entendida también como la retribución correspondiente al trabajador por los servicios prestados.

Además de constituir un elemento esencial en la relación de trabajo, es un derecho fundamental que se encuentra reconocida en la Constitución²⁶ y en las normas que regulan el derecho laboral, toda vez que señala que:

*“Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición.
(...)”²⁷*

En ese sentido, la remuneración es una retribución, compensación que por derecho le corresponde por la realización de una actividad subordinada y personal.

²⁵ Artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

²⁶ CONSTITUCIÓN DEL PERÚ 1993 - Artículo 24.- Derechos del trabajador:

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

(...)

²⁷ Artículo 6° - Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Cabe señalar, que dicha contraprestación como es llamada en régimen CAS, también es percibida mensualmente por las actividades que realiza el servidor CAS, por lo que con este último elemento deducimos fácilmente que tanto un servidor como un trabajador cumple con los requisitos esenciales para determinar que se está frente a un contrato laboral y no administrativo.

1.3 La contratación laboral:

El contrato laboral²⁸ es aquel acto jurídico celebrado entre el trabajador y el empleador, que tiene por objeto establecer un vínculo laboral, mediante el cual el trabajador está obligado a la prestación personal de sus servicios y el empleador a otorgarle una remuneración.

Es a través de un contrato laboral que el trabajador puede obtener ingresos económicos, acceder a beneficios sociales y a la estabilidad laboral una vez superado el período de prueba.

Si bien un contrato laboral conlleva a tener ciertos derechos o beneficios como consecuencia de ese vínculo laboral, cuando hablamos de estabilidad laboral debemos considerarla como una estabilidad relativa pues aun la contratación laboral en el Perú resulta precaria en cuanto a su regulación.

En nuestra opinión, lo que hace precaria a la contratación laboral es la coexistencia de regímenes de contrataciones. Por un lado están los contratos laborales, aquellos que ofrecen beneficios y otorgan derechos al trabajador por el solo hecho de celebrarlo así como el efecto de generar un vínculo laboral con la empresa contratante, situación que le permitirá que en un posible proceso laboral pueda reclamar lo que por derecho le corresponde. Por otro lado tenemos los CAS, cuyos contratos tienen las características de un contrato laboral pero no lo son, el contratado no es un trabajador sino un servidor a quien solamente le corresponde ínfimos derechos, aquellos no tienen un vínculo laboral con el empleador; sin embargo, están bajo subordinación con la entidad que los contrata.

²⁸ TOYAMA MIYAGUSUKO, Jorge. "Los Contratos de Trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral". Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. 2008, pág. 35

Resulta inaceptable que el Estado, en su posición de garante y protector de derechos genere normas que atenten contra los derechos y la dignidad del trabajador, contribuyendo así a una total desigualdad y discriminación laboral.

Los contratos laborales tienen como finalidad establecer un vínculo laboral entre el trabajador y el empleador, éstos pueden ser celebrados de manera verbal o por escrito, así tenemos los contratos de duración indeterminada. La norma señala que con la *“prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”*²⁹.

Por otro lado, tenemos los contratos de trabajo de naturaleza determinada, conocidos como contratos a plazo fijo o sujeto a modalidad, estos contratos se dividen en tres grupos:

1.3.1 Los contratos de naturaleza temporal:

La norma laboral señala tres clases de contrato de naturaleza temporal³⁰, entre ellas tenemos:

- **Contratos por inicio o incremento de Actividad:** El artículo 57º del mismo cuerpo normativo define textualmente que este contrato:

*“es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. (...) Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa”*³¹.

Como ejemplo a esta clase de contrato podemos mencionar la apertura de nuevas sucursales.

- **Contrato por Necesidades del Mercado:** El artículo 58 lo define como:

*“aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. (...)”*³².

²⁹ Artículo 4º. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y competitividad laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR

³⁰ Capítulo II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y competitividad laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

Este tipo de contrato se justifica a razón del incremento inesperado de la producción en el mercado, por ejemplo: normalmente el Laboratorio “X” de análisis clínicos atendía alrededor de cien a ciento cincuenta pacientes diarios; sin embargo, de pronto se ha visto incrementado las labores por el aumento súbito de pacientes, por lo que se requerirá contratar de más personal para cubrir ese aumento de producción.

• **Contrato por Reversión Empresarial:** Este tipo de contrato se aplica:

“en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. (...)”³³.

Por ejemplo, con la finalidad de proceder a “reformas organizativas o tecnológicas”³⁴, se procede a la contratación de personal calificado para el manejo de maquinarias de última generación o para el manejo de la empresa con nuevas metodologías de organización, ya sea personal con estudios de maestrías, doctorados o con estudios de Maestrías en Administración de Negocios (MBA) que por el nivel profesional adquirido, podrían asegurar el mejor desenvolvimiento de la empresa.

1.3.2 **Los contratos de naturaleza accidental:**

Son aquellos contratos de corta duración, “necesarios para reemplazar una mano de obra que, sin ser deficitaria, está ausente por alguna razón”³⁵.

• **El contrato ocasional:** “El contrato accidental-ocasional es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año”. [Artículo 60 del TUO-LP-CL-728]. De lo expuesto se desprende que esta necesidad por ser transitoria es distinta a la actividad habitual que realiza la empresa, siendo necesaria su aplicación ante contingencias de la propia empresa.

³³ Ibid.

³⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. “Estabilidad Laboral y Contratos Especiales”, en Primer Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Perú 2006, pág. 29.

³⁵ GÓMEZ VALDEZ, Francisco. “Derecho del Trabajo 1. Relaciones individuales de Trabajo”. 2da. Edición. Editorial San Marcos. Lima 2007. Pág. 132

Como ejemplo a lo señalado por la norma, podemos mencionar la labor que realiza el personal encargado del mantenimiento exterior de la universidad, como el pintar los alrededores del recinto.

- **El contrato de suplencia:** Es un contrato por el cual se *“sustituye a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias”*. [Art. 61 TUO-LP-CL-728]

De lo señalado por la norma, surge el problema en cuanto a la duración de dicho contrato, ya que la norma no ha previsto un plazo máximo para llevarla a cabo o por el cual el trabajador sustituto deba laborar. Consideramos necesario que debe establecerse un plazo, pues resultaría incomprensible tener a un trabajador bajo un contrato de suplencia por cuatro o casi cinco años sin que se determine realmente el contrato que debería otorgársele, teniendo al trabajador en la incertidumbre de poder mantener el empleo o no.

Respecto a la incertidumbre laboral, es cierto que un buen número de trabajadores de la administración pública tienen contrato de suplencia, pero no es menos cierto que estos trabajadores mediante este contrato no suplen a nadie en realidad, siendo que las labores que realizan son prolongadas hasta por cinco años acreditando así su permanencia más no su temporalidad, por lo que dichos contratos deberían ser desnaturalizado.

- **El contrato de emergencia:** *“El contrato de emergencia es aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia”*. [Artículo 62 del TUO-LP-CL-728]. Por ejemplo, contratar los servicios de personal calificado que se haga cargo de la reconstrucción, el orden y la limpieza del lugar en los casos no previstos como un terremoto o un incendio de gran magnitud, para ello se requerirá elaborar solo un contrato de emergencia por una situación no prevista.

Cabe resaltar que la duración de estos contratos coincidirá con la emergencia, por lo que se entiende que no debe sobrepasar ese tiempo.

1.3.3 Los contratos de obra o servicio:

- **El contrato específico:** La norma define a estos contratos como:

“aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada”³⁶.

Como su nombre lo indica, son contratos que cubren la realización de una actividad determinada. Por ejemplo, supongamos que se requiere remodelar las calles de una determinada avenida, para tal caso se precisará de contratar un grupo de trabajadores que cumplan con la realización de dicha obra, cuyo término será a la conclusión de la misma. En ese sentido, el contrato se ha establecido únicamente para dicha actividad y con un tiempo determinado de duración o hasta que concluya la obra.

- **Contrato Intermitente:** La norma señala que los contratos intermitentes:

“Son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas”³⁷.

Por ejemplo, podemos mencionar la contratación de una persona natural experta en el tema sobre calidad de servicio o atención al cliente, contratado en ciertas épocas del año para las capacitaciones del personal.

- **Contrato de Temporada:** La norma define este tipo de contratación como:

“(...) aquel celebrado entre un empresario y un trabajador con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva”³⁸.

Existen determinadas épocas del año en que las actividades de la empresa se presentan con mayor demanda, por ejemplo en campañas navideñas y la venta de panetones y juguetes o épocas de verano y la venta de helados o en temporada escolar y la venta de calzados o uniformes en mayor medida.

³⁶ Artículo N° 63. Decreto Supremo N° 003-97-TR

³⁷ Artículo N° 64. Decreto Supremo N° 003-97-TR

³⁸ Artículo N° 65. Decreto Supremo N° 003-97-TR

CAPITULO II: La contratación laboral en el derecho comparado

La contratación laboral en nuestro país se da a través de 03 regímenes laborales, así tenemos el régimen laboral de la actividad privada y los dos regímenes laborales de la actividad pública, entre los que se encuentra el “Régimen especial laboral” o Contrato administrativo de servicios-CAS, cuyo análisis trataremos en el siguiente capítulo.

Como ya es de conocimiento público, los trabajadores que se encuentran bajo el régimen especial laboral -CAS-, se hallan bajo un régimen injusto y totalmente desigual pues otorga reducidos derechos laborales.

Es por ello, que el estudio de las normas establecidas para los regímenes públicos laborales en otros países, nos permitirá identificar si el personal que presta servicios al Estado, se encuentran en la misma situación que los trabajadores públicos en el Perú.

2.1. La contratación laboral en regímenes públicos que tutelan los derechos de los trabajadores:

• Argentina:

La contratación de personal bajo relación de dependencia en el sector público es regulado mediante la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N° 25.164, señalando que:

“El régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente.

(...)

La Ley de Presupuesto fijará anualmente los porcentajes de las partidas correspondientes que podrán ser afectados por cada jurisdicción u organismo descentralizado para la aplicación del referido régimen”³⁹.

De ello se percibe que la contratación de personal en el sector público es casi idéntica a la forma de contratación mediante CAS, toda vez que señala la transitoriedad de la prestación así como la previa fijación de la Ley de Presupuesto para su contratación.

³⁹ Artículo 19 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N° 25.164 – Legislación Argentina

Por otro lado, la legislación argentina contempla el convenio colectivo de trabajo, el cual es aplicable a todos los trabajadores de la Administración Pública Nacional que pertenezcan a las diferentes jurisdicciones o entidades⁴⁰.

El Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional de Argentina expresa lo siguiente:

“El presente Convenio Colectivo de Trabajo General será de aplicación para todos los trabajadores bajo relación de dependencia laboral con las jurisdicciones y entidades descentralizadas (...)”⁴¹

En ese sentido, lo establecido por el presente convenio es aplicable conjuntamente al personal contratado en el sector público recayendo sobre estos derechos que señala dicho convenio tanto al personal permanente como no permanente⁴².

⁴⁰ Decreto 214/2006 - Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional. [Ley Argentina]

⁴¹ Artículo 1º. Decreto Legislativo 214/2006 - Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional.

⁴² Decreto Legislativo 214/2006 - Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional. Artículo 34.- Personal Permanente. El personal permanente tendrá, conforme al régimen laboral que lo encuadre, los siguientes derechos:

- a) Estabilidad en los términos señalados en el inciso c) del artículo 16 del presente convenio,
- b) Retribución por sus servicios, con más los adicionales, suplementos y bonificaciones que correspondan.
- c) Igualdad de oportunidades en la carrera.
- d) Capacitación permanente.
- e) Libre agremiación y negociación colectiva.
- f) Licencias, justificaciones y franquicias.
- g) Compensaciones, indemnizaciones y subsidios.
- h) Asistencia social para sí y su núcleo familiar.
- i) Interposición de recursos.
- j) Renuncia.
- k) Jubilación o retiro.
- l) Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo dignos, libre de violencia.
- m) Participación, por medio de las organizaciones sindicales, en los institutos y sistemas de carrera establecidos en el presente convenio y en los convenios sectoriales.
- n) Derecho a la información de conformidad con lo establecido por la Recomendación N° 163 de la ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO (O.I.T.).
- o) Derecho a la no discriminación con pretexto de raza, etnia, género, sexo, orientación o preferencia sexual, ideología, actividad gremial, opinión, religión, edad, caracteres físicos, condición social o económica o cualquier circunstancia que implique menoscabo, segregación y/o exclusión.

ARTICULO 35.- Personal No Permanente: El personal no permanente, conforme al régimen laboral que lo encuadre, tendrá los siguientes derechos:

- a) Retribución por sus servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del presente convenio.
- b) Libre agremiación y negociación colectiva.
- c) Licencias, justificaciones y franquicias.
- d) Asistencia Social para sí y su núcleo familiar.
- e) Compensaciones, indemnizaciones y subsidios.
- f) Interposición de recursos.
- g) Renuncia.
- h) Jubilación o retiro.
- i) Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo dignas libres de violencia.
- j) Derecho a la no discriminación con pretexto de raza, etnia, género, sexo, orientación o preferencia sexual, ideología, actividad gremial, opinión, religión, edad, caracteres físicos,

Cabe resaltar que la norma es aplicable a todos los trabajadores de la Administración Pública, quienes se encuentran vinculados laboralmente, asistiéndole derechos laborales que evidentemente no se comparan a los derechos otorgados a los trabajadores que se encuentran bajo el régimen laboral público de la contratación administrativa de servicios en nuestro país.

En el siguiente cuadro, veremos un breve contraste entre el Régimen Laboral Público de Argentina y uno de los regímenes públicos en el Perú, los CAS.

RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO	
ARGENTINA	PERÚ
Ley Marco de Regulación de Empleo Publico Nacional – Ley N° 25.164 ⁴³	Contrato Administrativo de servicios – Decreto Legislativo N° 1057
Estabilidad	No tiene
Retribución justa por sus servicios, más los adicionales que correspondan.	La retribución es injusta, no reciben adicionales, ya que en caso de horas extras ni se les reconoce.
Igualdad de oportunidades en la carrera.	No existe igualdad de oportunidades, es totalmente discriminatorio.
Libre agremiación y negociación colectiva.	No existía sindicalización hasta la emisión de la STC N° 0002-2010-AI/TC. ⁴⁴

condición social o económica o cualquier otra que implique menoscabo, segregación y/o exclusión.

⁴³ LEY N° 25.164 - LEY MARCO DE REGULACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO NACIONAL-ARGENTINA. Artículo 16.- Las personas vinculadas laboralmente con la Administración Pública Nacional, según el régimen al que hubieren ingresado, tendrán los siguientes derechos, de conformidad con las modalidades establecidas en las leyes, en las normas reglamentarias y, en cuanto corresponda, en los convenios colectivos de trabajo:

- a) Estabilidad.
- b) Retribución justa por sus servicios, con más los adicionales que correspondan.
- c) Igualdad de oportunidades en la carrera.
- d) Capacitación permanente.
- e) Libre afiliación sindical y negociación colectiva.
- f) Licencias, justificaciones y franquicias.
- g) Compensaciones, indemnizaciones y subsidios.
- h) Asistencia social para sí y su familia.
- i) Interposición de recursos.
- j) Jubilación o retiro.
- k) Renuncia.
- l) Higiene y seguridad en el trabajo.
- m) Participación, por intermedio de las organizaciones sindicales, en los procedimientos de calificaciones y disciplinarios de conformidad con que se establezca en el Convenio Colectivo Trabajo.

Compensaciones y subsidios.	No contempla la Compensación por Tiempo de Servicios ni subsidios, pues no otorga beneficios laborales, tales como las gratificaciones.
Compensaciones, indemnizaciones y subsidios.	No existía indemnización hasta la dación de la Ley N° 29849.
Asistencia social para sí y su familia.	Contempla la seguridad social.
Jubilación o retiro	Afiliación al régimen de pensiones

De lo expuesto, es preciso incidir en dos puntos importantes, primero es el tema de la sindicalización, como sabemos los CAS entraron en vigencia a mediados del 2008, desde ese entonces entre los pocos derechos o beneficios que tenía un personal CAS, no contemplaba el derecho a la sindicalización, no fue sino hasta la raíz de la conocida sentencia N° 00002-2010-PI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional donde señaló que efectivamente los CAS vulneraban el derecho constitucional a la sindicalización debiendo incorporarse dicho derecho a la norma que regula la contratación administrativa de servicios.

A diferencia de la legislación peruana, la legislación argentina en materia laboral y en lo que respecta a trabajadores pertenecientes al sector público ya resguardaba este derecho fundamental.

Respecto al tema de la indemnización, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 29849 – Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga Derechos Laborales, se estableció la indemnización de un servidor CAS en casos de despido arbitrario hasta por un monto de tres remuneraciones dejadas de percibir⁴⁵.

Colombia:

⁴⁴ STC N° 0002-2010-AI/TC. FJ 42. Donde se advierte que existe una evidente omisión constitucional es en la regulación de los derechos de sindicación y huelga, omisión que debe ser subsanada por la autoridad administrativa, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 28° de la Constitución.

⁴⁵ Ley N° 29849 – Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga Derechos Laborales. Artículo 10.-

(...)

La resolución arbitraria o injustificada del Contrato Administrativo de Servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (3). El período de prueba es de tres (3) meses.

La regulación sobre contratación de personal en el sector público se realiza mediante contratos que dependerán de la vinculación de éste con la empresa o por la necesidad de contratar⁴⁶.

En el ámbito laboral público, el personal que presta servicios al Estado es denominado servidor público, dicha afirmación se sustenta en lo expresado por la Constitución Colombiana al señalar que:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”⁴⁷

Cabe resaltar, que dicha vinculación laboral entre un servidor público con el Estado no amerita un trato indistinto, por el contrario, así como los trabajadores de otros regímenes, estos también tienen derechos y obligaciones establecidos por ley que reconocen en su mayoría derechos fundamentales.

La legislación colombiana, fija además las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos al señalar:

“(...) las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales señaladas por la ley para su personal”⁴⁸.

Dentro de las reglas a las cuales hace mención el presente Decreto, sobre el otorgamiento de una serie de beneficios que otorgan a los trabajadores del sector público, derechos que en definitiva no tienen punto de comparación respecto de los beneficios otorgados por el régimen CAS.

A continuación un breve contraste entre el Régimen Laboral Público de Colombia y el régimen de la contratación administrativa de servicios, donde compararemos principalmente los beneficios que otorga cada régimen.

RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO	

⁴⁶ MARTÍNEZ CARDENAS, Edgar Enrique. RAMÍREZ MORA, Juan Manuel. Régimen del Servidor Público. Bogotá. 2008, pág. 27

⁴⁷ Artículo 123. CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA

⁴⁸ Artículo 1º del Decreto 1045 de 1978. Reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

COLOMBIA	PERÚ
Reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional – Decreto N° 1045 de 1978 ⁴⁹	Contrato Administrativo de servicios – Decreto Legislativo N° 1057
Vacaciones	Antes vacaciones de 15 días. Ahora vacaciones de 30 días a raíz de la Ley N° 29849
Prima de navidad	Antes no se otorgaba ninguna retribución por dicho concepto. Ahora derecho al aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad a raíz de la Ley N° 29849
Prima de servicio ⁵⁰	No existe Prima de servicio o Compensación por tiempo de servicios
Igualdad de oportunidades para los trabajadores	No existe la igualdad de oportunidades
Derecho de Sindicación	No existía sindicalización hasta la emisión de la STC N° 0002-2010-AI/TC.
Pensión vitalicia de jubilación	Afiliación al régimen de pensiones

⁴⁹ Decreto 1045 de 1978. Reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional. Artículo 5°.- De las prestaciones sociales.

Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2 de este Decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

- a) Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;
- b) Servicio odontológico;
- c) Vacaciones;
- d) Prima de vacaciones;
- e) Prima de navidad;
- f) Auxilio por enfermedad;
- g) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- h) Auxilio de maternidad;
- i) Auxilio de cesantía;
- j) Pensión vitalicia de jubilación;
- l) Pensión de retiro por vejez;
- m) Auxilio funerario;
- n) Seguro por muerte.

⁵⁰ Decreto 1042 de 1978. Modificado por el Decreto Nacional 1680 de 1991. Sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. Artículo 58°. - La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

(...)

--	--

Respecto al tema de las vacaciones, resulta relativo pues el número de días por concepto de vacaciones dependerá de la legislación de cada país. Si bien el régimen laboral público colombiano otorga 15 días de vacaciones lo cual es igual para todo trabajador independientemente del régimen en que se encuentre; nuestro régimen laboral discriminatoriamente establece dos tipos de vacaciones uno correspondiente a 30 días si el personal se rige bajo el régimen laboral y de 15 días de vacaciones si el personal se rige bajo el régimen CAS.

Cabe precisar que este último caso ha variado respecto a los días por concepto vacacional a raíz de la Ley N° 29849 que elimina de manera progresiva este injusto régimen de contratación otorgándole a su vez una igualdad vacacional de 30 días de descanso.

En cuanto a la prima de navidad, a diferencia de la legislación colombiana para los servidores pertenecientes al régimen CAS no correspondía prima o gratificación alguna porque así lo determinaba la ley que la regula. Sin embargo, esta transgresión ha sido superada relativamente, en el sentido que a partir de la dación de la ley señalada en el párrafo precedente los contratados bajo éste régimen recibirán un aguinaldo tanto en fiestas patrias como en navidad monto que dependerá de la ley de presupuesto de cada año.

De acuerdo a la legislación Colombiana, el trabajador perteneciente al régimen laboral público tiene derecho a percibir una prima de servicio anual correspondiente a 15 días de su remuneración lo que en el Perú se conoce como compensación por tiempo de servicios; sin embargo, para los servidores pertenecientes a uno de los dos regímenes laborales coexistentes en el sector público peruano no le es aplicable dicho beneficio, configurándose así un trato discriminatorio y desigual frente a servidores en igual situación laboral pero con distinto régimen.

Respecto a la igualdad de oportunidades para el trabajador, en el sector público no existe diferencia alguna por lo que todo trabajador sin importar el régimen en el que

se encuentre, ya sea en el sector público o privado, se aplica los principios consagrados en la Constitución Política de Colombia⁵¹⁵².

Si bien el Derecho de Sindicación es un Derecho Fundamental Humano y como tal aplicable a todo trabajador, existen circunstancias en que ese derecho no es resguardado, aunque ello parezca increíble; tal es el caso de los servidores pertenecientes al régimen de la contratación administrativa de servicios de nuestro país; no obstante, a raíz de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00002-2010-AI/PJ, dos años después de haberse creado dicho régimen, tal menoscabo fue revertido en el sentido que reconoció el derecho a la sindicalización de los servidores CAS

En referencia a la sindicalización, Colombia resguarda derechos fundamentales del ámbito laboral *“a todas las personas empleadas por la administración pública”*⁵³, protegiendo a todo empleado público *“contra todo acto de discriminación antisindical en relación a su empleo”*⁵⁴.

Consideramos importante que para el reconocimiento de un derecho no es suficiente su dación expresa mediante ley, ello debe materializarse con la efectiva aplicación y ejecución de ese derecho.

2.2. La contratación laboral en regímenes públicos que regulan contrataciones paralelas al régimen laboral:

⁵¹ COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC. Jornada Internacional sobre desarrollos en la Administración Pública en América Latina. Bases Constitucionales del Modelo de Función Pública en Colombia. Santiago de Cali, 27-28 de Noviembre de 2008.

Asimismo, disponible en web: www.hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home.../arc_3892.ppt

⁵² CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991. **Artículo 53°.-** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

⁵³ DECRETO 424 DE 2001. Por el cual se promulga el “Convenio 151 sobre la protección del derecho de Sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública”. Artículo 1°.- El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales de trabajo.

⁵⁴ *Ibíd.* Artículo 4°.- Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.

(...)

La coexistencia de regímenes laborales paralelos no solo es cuestionable y motivos de discrepancias en nuestra legislación, también países como España y Chile presentan similar problemática. Sin embargo algunos de los países mencionados a diferencia del nuestro, pese a tener regímenes laborales paralelos en el sector público, algunos si distinguen claramente un régimen de otro, respetando sus derechos laborales unos más que otros, como veremos a continuación.

• **España:**

El artículo 8.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, señala que:

“Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”⁵⁵.

Asimismo, el artículo 2º del presente Estatuto, señala que el mismo es aplicable entre otros a la Administración General del Estado. En adición a ello, el artículo 4º, literal c), prescribe que las disposiciones de este Estatuto serán aplicables al resto del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, en los casos que su legislación específica lo señale⁵⁶.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que entre las administraciones públicas al servicio de los intereses generales, se encuentra la Administración de Justicia como es el Poder Judicial y que los denominados demás personal funcionario al servicio de ésta, son representados por *“los Secretarios judiciales, los Médicos Forenses, los Oficiales, Auxiliares y Agentes judiciales, (...), para el auxilio y colaboración con los Jueces y Tribunales. (...)”⁵⁷*

⁵⁵ Ley 7/2007, de 12 de abril. ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

⁵⁶ Ley 7/2007, de 12 de abril. ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. Artículo 2º. Ámbito de aplicación.

1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

- La Administración General del Estado.

(...)

Artículo 4. Personal con legislación específica propia.

Las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica

(...)

c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

(...)

⁵⁷ LEY ORGÁNICA 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 454º.-

Es preciso señalar, que los auxiliares y agentes judiciales señalados en la legislación española juegan el mismo rol que aquellos trabajadores del sector público en el Perú, específicamente en el Poder Judicial.

Consideramos que el régimen laboral del sector público en España es similar a nuestro régimen laboral público, en el sentido que tanto en España como en Perú, coexisten regímenes laborales paralelos, basta simplemente con remitirnos a la lectura de exposición de motivos de dicho Estatuto para afirmar lo expuesto.

En efecto, dentro del sector público español, existen empleados públicos que tienen la condición de personal laboral y otros que tienen la condición de personal funcional, los primeros al amparo del Estatuto de Trabajadores, normas laborales y del EBEP, y los segundos, al amparo únicamente del Estatuto Básico del Empleado Público. No obstante, este último contiene normas que regulan la relación laboral, claro está de aquellos empleados de la Administración Pública.

Al igual que España, en nuestro régimen laboral, existen trabajadores del sector público con distintas relaciones frente a la Administración Pública, como aquellos que tienen la condición de personal con contrato laboral, con contrato administrativo de servicio y aquellos cuyo contrato son específicamente *“realizar labores administrativas de naturaleza permanente (...)”*⁵⁸.

Después de describir los distintos regímenes laborales del sector público español, surge la preocupación de porque debe existir distintas formas de contratar en dicho sector, si la única diferencia entre una persona que trabaja para la administración pública de otra que trabaja para una entidad privada es la entidad que las contrata, porque en cuanto al recurso humano, es decir el trabajador, éste no deja de ser distinto en cuanto a la prestación de su servicio, pues tanto en el régimen público como el privado y según el Estatuto de Trabajadores, la actividad que realice un trabajador en ambos regímenes, debe implicar *“que voluntariamente presten sus*

1. Bajo la denominación de personal al servicio de la Administración de Justicia se comprenden los Secretarios judiciales, los Médicos Forenses, los Oficiales, Auxiliares y Agentes judiciales, así como los miembros de los Cuerpos que puedan crearse, por ley, para el auxilio y colaboración con los Jueces y Tribunales.

(...)

⁵⁸ Decreto Legislativo 276° - Promulgan la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, artículo 15°.- Artículo 15.- La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista la plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos.

*servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario*⁵⁹.

Si en la relación laboral o estatutaria con la Administración Pública, tanto al empleado público como al personal laboral, se les reconoce derechos laborales y funcionales, entonces qué importancia tendría que se les contrate de una u otra forma, cual es entonces la relevancia de ser reconocido o contratado como empleado público o personal laboral.

La respuesta a ello radica en primer lugar que la relación jurídica que une al funcionario con la Administración no es de carácter contractual, sino estatutaria, y está regulada por el Derecho Administrativo, no por el Derecho del Trabajo⁶⁰.

En ese sentido, la defensa de la transgresión de sus derechos laborales, solamente debe ceñirse a lo que establece el Derecho Administrativo, no siendo aplicable ninguna norma de carácter laboral.

Por otro lado, resulta más preocupante lo señalado por Morón Sánchez⁶¹, al hacer referencia que la relación jurídica del empleado público tiene naturaleza estatutaria, lo cual quiere decir que el empleado se encuentra en una situación desfavorable, toda vez que los derechos que otorgue el EBEP, dependerá de la circunstancia y de las necesidades que la ley señale, de manera que los funcionarios no tienen un derecho adquirido frente a la Ley, pues las mismas pueden variar según las necesidades del interés público.

Evidentemente, ello trae consigo inseguridad jurídica en cuanto a la defensa de sus derechos, pues aquellos derechos otorgados se dan en función de lo que requiera el Estado o la entidad contratante.

Después de haber incidido en las diferencias respecto a los distintos regímenes laborales en el sector público, cabe señalar ahora las diferencias sustanciales en cuanto a derechos existentes entre la relación laboral especial del empleo público en España frente al régimen especial laboral del Perú, para lo cual resaltaremos las diferencias en el siguiente cuadro:

⁵⁹ REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995. Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Ley Española.

⁶⁰ SANCHEZ MORON, Miguel. Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Editorial Lex Nova, 2da. Edición. España 2008, pág. 88.

⁶¹ Loc. Cit.

Cabe precisar que derechos señalados corresponden únicamente a los regímenes laborales del sector público respectivamente.

RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO	
Régimen especial laboral Estatuto Básico del Empleado Público Ley 7/2007	Régimen especial laboral Contrato Administrativo de Servicios D.L. 1057
A la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.	No tiene estabilidad laboral, pues no se le considera empleado de carrera.
A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio	No tienen derecho a una Compensación por tiempo de servicios
A la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos.	No existe la protección ni defensa jurídica a los contratados bajo este inconstitucional régimen, claro ejemplo de ello está en la STC Nº 0002-2010-AI/TC. FJS. 43.
Al respeto de su dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.	El respeto a la dignidad en el trabajo se ve menoscabado frente al trato desigual y discriminatorio que sufren los trabajadores de este régimen especial laboral.
A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.	Las disposiciones de éste régimen no favorecen en absoluto el aspecto personal y familiar, pues ocasiona una disminución económica e inseguridad en el seno familiar. En cuanto a lo laboral, ello ocasiona un ambiente laboral estresante reflejándose en la salud física y psicológica que sufre el trabajador.
A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.	Afiliación a la seguridad social en salud
A las vacaciones, correspondiente a 22 días hábiles, mientras que el régimen laboral privado otorga vacaciones no inferiores a 30 días naturales.	Las vacaciones corresponden a 15 días calendarios, mientras que el régimen laboral privado otorga 30 días. Hasta antes de la dación de la Ley Nº 29849, los CAS solo tenían

	derecho a 15 días de vacaciones, siendo que ahora se ha nivelado justamente a 30 días de vacaciones.
A la jubilación.	Afiliación a un régimen de pensiones.
A la libertad sindical.	No tenían derecho a la sindicalización sino hasta la emisión de la STC N° 0002-2010-AI/TC.

• Chile

En la República de Chile, la vinculación del Estado con el empleado público se rige bajo la Ley N° 18834 - Estatuto Administrativo, cuyo primer artículo expresa lo siguiente:

“Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo (...)”⁶².

En ese sentido, las relaciones entre el empleado público y el Estado se encuentra normado en dicho Estatuto, el cual viene a ser una especie de Código de Trabajo para el personal que labora o presta servicios en una entidad estatal.

La situación laboral o contratación de empleados públicos en Chile es tan precaria como la situación laboral que se vive en el Perú, específicamente en el sector público, donde claro está, el más perjudicado siempre es el más débil, es decir el trabajador.

Al parecer el Estado Chileno al igual que el nuestro poco o nada ha hecho para revertir la situación que viven los empleados públicos, pues *“en la práctica es uno de los sectores con mayores conflictos laborales en el país”⁶³.*

No cabe preguntarnos a propósito, ¿A qué se debe la precariedad laboral en el sector público de Chile y que semejanza tiene con nuestro sector laboral público?,

⁶² Artículo 1°. LEY N° 18.834. APROBACIÓN ESTATUTO ADMINISTRATIVO - Ley Chilena

⁶³ CAPITAL.CL. *Sistema laboral: como piedra en el zapato*. Edición N° 287, del 22 de octubre al 04 de noviembre de 2010, Chile. [en línea]. Disponible en: <http://www.capital.cl/reportajes-y-entrevistas/sistema-laboral-como-piedra-en-el-zapato-6.html>

para responder a esta interrogante, primero es preciso conocer como es el tipo de contratación del personal en dicho sector y saber que transgresión se produce como consecuencia de esa diferenciación.

En principio, debemos precisar que un funcionario público es *“toda persona natural que ocupa un cargo público dentro de la Administración del Estado”*⁶⁴, entendiéndose como cargo público *“aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata (...), a través del cual se realiza una función administrativa”*⁶⁵.

En el régimen laboral del sector público de Chile, existen dos formas de vincularse laboralmente con la administración pública, para ello debemos remitirnos a los señalado por el literal b) y c) del artículo 3º del Estatuto Administrativo, donde señala:

“(…)

b) Planta de personal:

Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º.

c) Empleo a contrata:

Es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

*(…)”*⁶⁶.

Respecto a los contratos de planta, a éstos *“se accede por concurso público y en la práctica se adquiere una inamovilidad en la relación contractual, la que se puede terminar por decisión de la autoridad sólo si se cumplen condiciones muy raras de ocurrir”*⁶⁷.

Figura semejante encontramos en la legislación peruana con el nombre de Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público, puesto que en ella encontramos la tan preciada estabilidad a la que no todos los regímenes laborales, no solo del sector privado sino del sector público pueden privilegiarse, salvo que un trabajador se encuentre bajo un contrato indeterminado, los cuales encontramos poco en la actualidad.

⁶⁴ FONSECA CASTILLO, Hernán. Prestación de servicios personales en la Administración. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Documentos/SeminarioFortalezas/3panel-Pres1HFonseca.pdf>

⁶⁵ Literal a), artículo 3º. LEY Nº 18.834. APROBACIÓN ESTATUTO ADMINISTRATIVO.

⁶⁶ Literal b) y c), artículo 3º. LEY Nº 18.834. APROBACIÓN ESTATUTO ADMINISTRATIVO.

⁶⁷ EGAÑA BARAONA, Rodrigo. Despidos y empleo en el sector público, en: Instituto de Asunto Públicos. Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.inap.uchile.cl/columna-de-opinion/654-despidos-y-empleo-en-el-sector-publico.html>

En cuanto a la segunda forma de vincularse con el Estado, tenemos a las contrata, “que son de libre nombramiento de la autoridad y que tienen una duración máxima de un año, pudiendo la autoridad no renovarla sin expresar fundamento alguno ni da derecho a ninguna indemnización”⁶⁸.

En efecto estos tipos de contratos se caracterizan por su carácter temporal o transitorio donde su tiempo de duración es la de un año, pero al igual que en nuestro sistema laboral público, esa transitoriedad termina cuando el trabajador puede ser contratado nuevamente con apenas unos cuantos beneficios laborales que no se comparan a los beneficios otorgados al personal de planta, como la estabilidad laboral, por lo que son susceptibles de ser despedidos cuando la entidad contratante considere no necesario sus servicios.

Tanto a Chile como a Perú, parece no importarle esta situación de desigualdad, puesto que no consideran la situación de abandono en que se puede encontrar el personal cesado en sus funciones debido al término de su contrato

En cualquiera de los casos, creemos que ambas formas de vinculación con el Estado Chileno, se asemejan a las formas de vinculación con el Estado Peruano, pues en ambas legislaciones se presenta una clara desigualdad y discriminación. Por ejemplo, en cuanto al acceso a la carrera pública, solo el personal de planta puede acceder a ella, pero no el personal de contrata⁶⁹.

Para efectos didácticos, reflejaremos las semejanzas de uno de los tipos de contratación laboral público de Chile con uno de los cuestionados contratos en el sector público peruano, que como veremos a continuación no se encuentran muy lejos de la realidad laboral en el Perú.

RÈGIMEN LABORAL PÙBLICO	
CHILE Empleo a Contrata Ley N° 18.834 – Aprueba Estatuto Administrativo	PERÙ Contrato Administrativo de servicios Decreto Legislativo N° 1057
Desde 15 a 25 días hábiles de	Otorgaba 15 días de vacaciones

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Literal f), artículo 3°. LEY N° 18.834. APROBACIÓN ESTATUTO ADMINISTRATIVO

vacaciones (dependerá de la cantidad de años de servicio)	Ahora 30 días con la dación de la Ley N° 29849 emitida este año.
No existe Compensación por tiempo de servicios	No existe Compensación por tiempo de servicios
No existe la igualdad de oportunidades	No existe la igualdad de oportunidades
No existe la sindicalización	No existía sindicalización para los CAS, hasta la emisión de la STC N° 0002-2010-AI/TC.
Afiliación al régimen de pensiones	Afiliación al régimen de pensiones
No existe la estabilidad laboral	No existe la estabilidad laboral

Como puede apreciarse, el periodo vacacional varía según la legislación de cada país, por lo general tanto en el sector privado como público otorgan 15 días, en el Perú el trato es desigual pues el contratado bajo este régimen tiene 15 días de vacaciones, mientras que trabajadores de otros regímenes cuentan con 30 días.

Cabe resaltar, que con la dación de la Ley que regula la eliminación progresiva de los contratos administrativos de servicios, este hecho está siendo resarcido, en el sentido que ahora los servidores pertenecientes a dicho régimen también tendrán derecho a 30 días de vacaciones, equilibrándose en cierta forma los derechos y beneficios laborales para los servidores CAS.

Respecto a la compensación por tiempo de servicios, existe una *“injusticia manifiesta de que se puede no renovar una contrata a una persona que lleva 10 años trabajando para un servicio público, y esta sale sin ningún tipo de protección”*⁷⁰.

De lo señalado, la norma es precisa y solo señala el derecho a una indemnización para aquellos trabajadores de planta que cesen en su cargo⁷¹, pero no menciona en absoluto la indemnización para aquellos que se encuentren sujetos a contrata, por lo

⁷⁰ EGAÑA BARAONA, Rodrigo. Óp. Cit.

⁷¹ LEY N° 18.834. APROBACIÓN ESTATUTO ADMINISTRATIVO. Artículo 148.- En los casos de supresión del empleo por procesos de reestructuración o fusión, los funcionarios de planta que cesaren en sus cargos, a consecuencia de no ser encasillados en las nuevas plantas y que no cumplieren con los requisitos para acogerse a jubilación, tendrán derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis. Dicha indemnización no será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal.

que se infiere que no se toma en cuenta la igualdad de derechos menos de oportunidades en una misma esfera.

El trabajador del sector público, se encuentra prohibido de *“Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; (...)”*⁷². Consideramos que ello es una transgresión manifiesta a los derechos fundamentales de los trabajadores más aun si es el Estado quien en su posición de garante vulnera derechos.

La precariedad del sector público, es notoria toda vez que la sindicalización está prohibida para los empleados del sector público⁷³. No solo para los empleados a contrata sino también para los empleados de planta.

Esta segunda categoría de contratación en el ámbito laboral público chileno, no permite que el personal goce de estabilidad laboral, por lo que no solo discrimina sino transgrede derechos laborales⁷⁴.

En conclusión, las dos formas de contratación en el sector público tanto en Chile como Perú, no toman en cuenta que en ambos tipos de contrataciones, el personal realiza labores permanentes.

En Chile se contrata al empleado público, mediante el empleo a contrata, para una actividad permanente pero transitoria porque el tiempo de duración de dicho contrato solo es equivalente a un año. Al igual que Chile, el régimen laboral público de Perú, contrata bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, para actividades permanentes pero con un periodo de contrato temporal que puede ser renovado o no.

⁷² Literal i), artículo 78°. LEY N° 18.834. APROBACIÓN ESTATUTO ADMINISTRATIVO.

(...)

i) Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado;

(...)

⁷³ Investigación comparada. Situación actual de las Relaciones Laborales en el Sector Público de 9 países de América Latina y América Central. Asimismo, disponible en web: www.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/.../amalia_villaruel.ppt

⁷⁴ IBÁÑEZ SAN MARTÍN, María Angélica. Estabilidad laboral en el empleo público: balance y proyecciones, en Reforma del Estado y relaciones laborales en el Chile de hoy, pág. 68, [en línea]. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/08480.pdf>

CAPITULO III: La inconstitucionalidad de la contratación administrativa de servicios

3.1 Los contratos administrativos de servicios:

3.1.1 Antecedentes:

El origen más cercano de los contratos administrativos de servicios lo encontramos en los llamados Servicios no personales, en adelante SNP, cuyo régimen se encontraba regulado por el Decreto Supremo N° 065-85-PCM- Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales.

En el año 1985, fecha en que fue creada la norma, dicho Decreto definía el concepto de SNP, como la *“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”*⁷⁵.

A partir de dicho concepto, se infiere que las empresas o entidades podían contratar también bajo esta modalidad sin que exista un vínculo laboral de por medio, entonces cualquier persona que cumpliera con el perfil requerido por la empresa contratante, era susceptible de ser contratado no como trabajador, sino como personal administrativo y bajo un contrato de locación de servicios.

⁷⁵ Literal y, Artículo 1.2.1. Capítulo 1.1. De las definiciones básicas. Decreto Supremo N° 065-85-PCM- Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales.

Es en el año 1997, que esta norma es derogada por la Ley N° 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la misma que a su vez fue derogada también por el Decreto Legislativo N° 1017 – Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado⁷⁶.

Es preciso incidir respecto a la forma de contratación a través de los SNP, si bien en el sector privado se contrata los servicios de una persona para determinada labor y éstos a su vez son contratados bajo un contrato de locación de servicios, donde el locador es el contratado y la locadora es la empresa o entidad contratante, en el sector público dichos contratos son calificados como contrato de servicios no personales. Ello en merito a la Resolución Directoral N° 007-99-EF-76.01, toda vez que define que por un contrato de locación de servicios, “el locador 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”⁷⁷. (Subrayado nuestro)

Es así, que el concepto de SNP, queda reafirmada o reconocida como un Contrato de Locación de Servicios en un ámbito distinto al sector privado.

Por aquellos años y durante el tiempo de vigencia de la norma en mención, diversas entidades del sector público como el Poder Judicial, contrataron bajo esta modalidad, el cual no era otra cosa más que un Contrato de locación de servicios, por el cual el Estado contrataba los servicios de una persona sin que medie relación laboral alguna, como bien se sabe que estas personas no tenían acceso a ningún beneficio o derecho laboral; sin embargo, prestaban servicios de manera subordinada.

Se dice que todo cambio conlleva a una mejora, entonces porque una nueva norma que deroga a otra no puede regular con mayor eficacia las relaciones laborales dentro del sector público. En efecto, pese a los cambios normativos, los contratos administrativos de servicios no constituyen la solución para aquellos trabajadores que alguna vez fueron contratados bajo los servicios no personales.

⁷⁶ JORGE ROJAS, Gustavo, “El contrato administrativo de servicios en la actualidad” en Suplemento de Análisis Legal de El Peruano, N° 355, mayo 2011, pág. 4-5.

⁷⁷ Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01 - Glosario de Términos del Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado.

Creemos que la solución no reside en crear más normas, sino en regularizar las ya existentes. Para empezar esta modalidad de contrato, llamada “Servicios No Personales”, era una modalidad de contratación que vulneraba derechos fundamentales plasmados en nuestra Constitución, no solo porque no reconocía los derechos laborales, sino porque transgredía el contenido del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Fomento del Empleo, que estipula **“que toda prestación de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado”**⁷⁸.

(El resaltado es nuestro)

Asimismo, este tipo de contratación atentaba contra las normas fundamentales del Derecho Laboral, toda vez que no reconocía el derecho a gozar de vacaciones, a percibir de una gratificación, escolaridad, asignación familiar, descanso por maternidad o enfermedad, el derecho a la seguridad social o previsional, entre otros.

En conclusión, esta situación se tornó agravante durante muchos años, pues se contrataba a la mayoría de personal bajo este régimen. Hoy en día, si bien es cierto los CAS han logrado ser la mejor alternativa frente a los SNP, en cuanto a reconocimiento de derechos laborales se refiere. Ello no oculta la verdadera naturaleza del servicio que presta el trabajador, pues ya sea mediante un CAS o SNP, esta mejor alternativa de contratación va en contra de toda igualdad de oportunidades y de igualdad ante la ley.

3.1.2 Régimen jurídico del CAS:

El régimen especial de contratación administrativa de servicios se encuentra regulado mediante el Decreto Legislativo N° 1057, cuya entrada en vigencia fue el 29 de junio del 2008.

La norma en mención tiene por objeto **“garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública”**⁷⁹. En efecto, para acceder a una plaza o un puesto en la entidad

⁷⁸ DECRETO LEGISLATIVO N° 728 – LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO, Artículo 37.- En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

(...)

⁷⁹ Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1057 – Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

contratante, previamente debe abrirse un concurso público donde cada uno podrá participar en igualdad de condiciones y de oportunidades a un puesto laboral.

Cabe resaltar que el presente Decreto Legislativo no es aplicable a empresas del sector privado, pues ello es posible solo a entidades de la administración pública, entre las que se encuentran el Poder Ejecutivo, los ministerios, Poder Judicial, gobiernos regionales y locales, universidades públicas, etc. Sin embargo, no son aplicables a empresas del Estado, a los contratos financiados directamente por alguna entidad de cooperación internacional o aquellos que se realicen a través de organismos internacionales; así como tampoco a los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial u otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos realizados fuera del ámbito de la entidad contratante⁸⁰.

No podemos dejar de discrepar con respecto a lo señalado, pues si bien con esta norma se pensaba reconocer ciertos derechos a los trabajadores de entidades estatales, específicamente de aquellos contratados bajo la modalidad de Servicios No Personales, este reconocimiento resulta imparcial, pues no lo reconoce como trabajador ni mucho menos le otorga los beneficios que le correspondería.

Se ha exigido y fiscalizado a las entidades privadas, micro y pequeñas empresas mediante sanciones y altas multas debido al no reconocimiento de beneficios laborales a los trabajadores que prestaban servicios bajo recibos por honorarios o mediante contratos de locación de servicios. Sin embargo, el Estado ejerciendo su "Ius Imperium", mediante el Poder Ejecutivo ha creado esta norma vulneradora de derechos, sin que nadie pueda fiscalizarlo. De otro lado, las exigencias y los pedidos por no aplicar esta norma no han sido escuchadas, pues se sigue permitiendo que trabajadores que realizan las mismas labores, sujetos a los mismos requerimientos de trabajo y de horarios sigan contratados bajo este injusto régimen que les niega los mismos beneficios laborales que aquellos comprendidos en una relación laboral.

Evidentemente, con ello se comete un abuso contra estos trabajadores y lo peor de todo es que quien los comete es precisamente quien los debería proteger, es decir, el Estado, pues aunque resulte extraño e incongruente, es la realidad de muchos trabajadores y de muchas familias que se ven afectadas directamente. Esta es la realidad peruana que se vive en el ámbito laboral del sector público.

⁸⁰ DECRETO SUPREMO N° 075-2008-PCM - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

3.1.3 Naturaleza jurídica del CAS:

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057, establece lo siguiente sobre la naturaleza jurídica de los CAS:

“El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. (...)”⁸¹.

Por otro lado, la Presidencia del Consejo de Ministros también ha dado respuesta a la naturaleza jurídica de este tipo de contratos. Al respecto, señala que el mismo es ***“una modalidad contractual de la Administración Pública, privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma (...)”⁸²***. (Subrayado nuestro)

Lo expresado líneas atrás no se condice con la realidad. Si bien tal concepto sobre la naturaleza jurídica del CAS pretende disfrazar una verdadera relación laboral, dicho concepto solo deviene en un juego de palabras, pues el trabajador contratado bajo este régimen y prestando servicios de manera no autónoma, solo muestra la dependencia hacia la entidad contratante, es decir contiene el elemento esencial además de los ya existentes para que se configure un contrato laboral, es decir se tiene además al elemento “subordinación” en un contrato administrativo.

3.1.4 Características de la prestación en los CAS:

El capítulo III del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057⁸³, establece particularidades que describen a un contrato administrativo de servicio.

a. Plazo:

Como primer punto, tenemos el plazo o duración del contrato, el cual establece que ésta no puede ser mayor al año fiscal. Sin embargo, dicho plazo puede renovarse las veces que la entidad contratante considere necesario. No obstante la prórroga o renovación no puede exceder el año fiscal.

⁸¹ Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057 – Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

⁸² PREGUNTAS FRECUENTES. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS – CAS. Disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/preguntas-cas.htm>

⁸³ DECRETO SUPREMO N° 075-2008-PCM - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios

Tanto en los SNP como en los CAS no encontraremos diferencia alguna puesto que en los primeros, la norma no señalaba duración del contrato pues el plazo lo determinaba la empresa contratante según sus necesidades, en los CAS, la norma tampoco señala duración del contrato puesto que permite su renovación cuantas veces sea posible.

A diferencia de los contratos regulados en el régimen laboral de la actividad privada, en algunos contratos como el de inicio o incremento de actividad es posible celebrarlo sucesivamente hasta por tres años, en los contratos por necesidad de mercado hasta por cinco años, en los contratos de reconversión empresarial hasta por dos años. Sin embargo en todos se establece un tope máximo de contratación, pues se establece que la duración de estos contratos no puede exceder los cinco años⁸⁴. En cambio en los CAS, la norma no establece límite alguno en cuanto a la duración del contrato, pues puede renovarse cuantas veces sea necesaria, pese a señalar que no puede exceder el año fiscal.

En definitiva, consideramos que este aspecto constituye una burla por parte del Estado hacia las personas prestadoras de servicios contratadas bajo dicho régimen. Al señalar que la duración del contrato no puede exceder el año fiscal en el periodo que se realice la contratación, ello en efecto hace referencia a que contratos son temporales. Entonces ¿por qué existen trabajadores que pese a haber cumplido dicho periodo aun siguen siendo contratados bajo esta modalidad si la misma norma establece que dicha renovación no puede exceder el año fiscal?, ¿a qué temporalidad entonces se refiere el CAS?.

Todas estas preguntas parecen resolverse al confirmar que el Estado si puede mofarse y vulnerar los derechos de los trabajadores, mientras que éste exige a las empresas privadas el cumplimiento de normas laborales respecto de su personal, el Estado si puede contravenir con las disposiciones expresadas en la Constitución.

b. Jornada semanal máxima:

⁸⁴ DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR - TUO DEL D. LEG. N° 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL. Artículo 74.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años.

Al igual que una jornada laboral, el número de horas semanales de prestación de servicios no podrá exceder de un máximo de cuarenta y ocho horas de prestación de servicios por semana. En caso de exceder las horas señaladas por día, es posible que el contratado tenga derecho a un descanso físico por las horas extras⁸⁵.

Respecto al respeto de la jornada de prestación de servicio, diríamos que este hecho es cuestionable puesto que la norma ni su reglamento establecen el máximo de horas que uno puede excederse, si bien es cierto el contratado como compensación al sobretiempo de horas tiene derecho a un descanso físico, no se ha establecido de cuantos días puede ser dicho descanso.

Supongamos que todos los días un contratado presta servicios 3 horas más después del horario establecido, ya sea por la carga de trabajo, acumulación de expedientes o por el reducido personal en el área, acumulando al décimo sexto día 48 horas adicionales a su jornada. Ello quiere decir entonces que ¿el contratado puede tener como descanso físico una semana entera sin laborar?, puesto que la norma no permite una compensación económica pero si física.

En la práctica estamos seguros, nadie se atreve a decirle a la entidad contratante que ha superado la jornada máxima permitida y por ende le corresponde una serie de descansos físico, porque lo que es cierto nadie los reconoce.

c. Modificación contractual:

En el artículo 7 tenemos la Modificación contractual, donde la entidad y con la debida justificación podrá modificar el lugar, tiempo y modo de prestación de servicios.

De un lado tenemos que por el elemento de subordinación en un contrato laboral el empleador puede modificar la forma del contrato en cuanto a contenidos no esenciales, como los turnos, días, horas de trabajo o la forma de la prestación de las labores. Por otro lado, tenemos los CAS, donde la relación o vínculo es netamente “administrativa”; sin embargo, la entidad contratante sin tener una relación de subordinación frente al personal bajo este régimen, tiene la facultad de modificar el tiempo, lugar y modo de prestación de servicios.

El contraste con ambos regímenes, nos lleva a la conclusión de que estos contratos por un lado son tan iguales en cuanto a obligaciones por parte del personal frente a

⁸⁵ Artículo 6.- Jornada semanal máxima. Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

la entidad contratante, y a la vez son tan distintos en cuanto a derechos para el personal bajo este régimen, pues como es de público conocimiento solo contemplan derechos básicos y no íntegros como si los tienen en un contrato laboral.

d. Descanso físico:

Estos contratos otorgan el descanso físico de quienes prestan servicios no autónomos, es decir de aquellos trabajadores subordinados, el cual consistirá en un periodo ininterrumpido de 15 días calendario hasta antes de la dación de la Ley N° 29849, es decir solo tendrán derecho a 15 días por concepto de vacaciones para aquellos que hayan cumplido su año de servicio hasta antes del 07 de abril del 2012. Mientras que los trabajadores que cumplan un año de servicio completo e ininterrumpido después de la dación de la norma tendrán derecho a 30 días de vacaciones⁸⁶.

Por otro lado, resulta incongruente establecer que la contratación bajo este régimen no debe pasar el año fiscal; sin embargo, al cumplir un año de servicio, el servidor debe gozar de vacaciones, lo cual haría suponer que la entidad puede seguir contratándolo al término de estas y así seguir con esta modalidad. Es evidente que este hecho estaría validando la contratación por más de un año bajo el mismo régimen, puesto que la norma establece que la entidad contratante puede renovar dichos contratos cuantas veces sea necesario, desnaturalizándose así la supuesta temporalidad que señala la norma.

e. Acceso a la seguridad social:

Toda persona contratada bajo esta modalidad de CAS, tiene acceso a la seguridad social en salud, así como sus derechohabientes.

Según el reglamento de la presente norma y en concordancia con lo señalado en el artículo 9 de la Ley N° 26790, las prestaciones en salud son:

- “a) Prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud.*
- b) Prestaciones de bienestar y promoción social.*
- c) Prestaciones en dinero correspondientes a subsidios por incapacidad temporal y maternidad.*
- d) Prestaciones por sepelio.*
- (...)”⁸⁷*

⁸⁶ Preguntas Frecuentes sobre la Ley N° 29849, que regula la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057(Contratación Administrativa de Servicios - CAS) y otorga derechos laborales. Disponible en: http://www.servir.gob.pe/files/PreguntasFrecuentes_CAS_Ley29849.pdf

⁸⁷ Artículo 9. Ley N° 26790 – LEY DE MODERNIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Esta modalidad de contratación en consecuencia no es ajena al derecho de acceder a la seguridad social y satisfacer así las necesidades básicas de salud.

f. Afiliación al régimen de pensiones:

En materia previsional, contamos con dos grandes sistemas de pensiones, el Sistema Nacional de Pensiones a través de la ONP (Oficina de Normalización Previsional) y el Sistema Privado de Pensiones a través de la AFP (Administradora de Fondo de Pensiones), dentro de los cuales todo trabajador perteneciente al sector público o privado tiene el derecho de acceder a ella.

Con la nueva modalidad de contratación administrativa de servicios, se otorgó el derecho de afiliación al régimen de pensiones, el cual es obligatorio y necesario para aquellos trabajadores contratados bajo el régimen CAS a partir de la entrada en vigencia de dicha norma. Sin embargo, en algunos casos dicha afiliación es opcional para aquellos que a la fecha de la dación de la norma *“hubieran suspendido sus pagos o se encontrasen aportando un monto voluntario, podrán permanecer en dicha situación u optar por aportar como afiliado regular (...)*⁸⁸

Según Cesar Abanto Revilla, abogado experto en la materia, refiere que:

*“La afiliación a un régimen pensionario debería tener carácter obligatorio para todos los contratados bajo el CAS sin un margen de opción, pues ello les permitiría en un futuro acceder a una pensión, en tanto cumplan los requisitos de ley”*⁸⁹.

Coincidimos con lo señalado por el autor, toda vez que consideramos que la afiliación a un régimen pensionario no debería dejarse a la libre elección, pues al constituir una de las mejores formas de ahorro ante las contingencias futuras o llegada la edad de jubilarse, veremos cómo nuestros ahorros han ganado rentabilidad y así obtener un nivel de pensión apropiado que pueda satisfacer nuestras necesidades.

⁸⁸ Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, Artículo 10.- Afiliación al régimen de pensiones, inciso 10.1, Literal b), quienes se encuentran afiliados a un régimen pensionario pero que a la fecha hubieran suspendido sus pagos o se encontrasen aportando un monto voluntario, podrán permanecer en dicha situación u optar por aportar como afiliado regular para lo cual, deben comunicar ese hecho, a través de declaración jurada, a la entidad, la que procede a efectuar la retención correspondiente entregando al contratado una constancia de retención que registre el monto retenido.

⁸⁹ ABANTO REVILLA, César, “La Regulación del Régimen Pensionario en el Contrato Administrativo de Servicios (CAS)” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 153, junio, 2011, pág. 314

g. Afiliación a Sindicatos y Derecho a huelga:

El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM y a raíz de la emisión de la STC N° 00002-2010-AI-TC, ha señalado que la falta de regulación sobre el derecho de sindicalización y huelga en el régimen CAS vulnera derechos fundamentales establecidos en la Constitución⁹⁰.

3.2 El CAS: los argumentos que la sustentan y la critican:

3.2.1 Argumentos a favor de los CAS:

Las disposiciones del presente texto normativo expresa que *“la presente norma regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades (...)”*⁹¹. De ello se infiere que la norma en concordancia con los principios que consagran nuestro ordenamiento jurídico vela por el respeto de igualdad de oportunidades del personal contratado bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios. Sin embargo, tal “igualdad de oportunidades” a la que se hace referencia no solo encubre la verdadera posición del trabajador frente al Estado sino que en la práctica tal equidad es sinónimo de discriminación frente a otras personas contratadas bajo un régimen de contrato distinto, como ya es de público conocimiento, el contrato de trabajadores bajo esta modalidad solo ha tenido un fin ilícito, eludir responsabilidades y derechos laborales hacia el trabajador. (Subrayado nuestro)

Según el reconocido laboralista Jaime Cuzquén Carnero refiere que el régimen CAS otorga un tratamiento discriminatorio, por otro lado, señala que “no estamos ante un fraude de la ley en la medida que el uso de esta modalidad de contratación tiene como sustento una norma de rango legal como lo es el Decreto Legislativo N° 1057. En otras palabras, el uso de dicho régimen es legal”⁹².

⁹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 28. 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.

⁹¹ Artículo 1°. Decreto Legislativo N° 1057 – Régimen de la Contratación Administrativa de Servicios.

⁹² CUZQUEN CARNERO, Jaime, “Contrato administrativo de servicios no debe vulnerar derechos laborales” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 138, mayo, 2010, pág. 271

Diferimos de lo expuesto, pues si bien se ha declarado la constitucionalidad de la norma que regula la contratación administrativa de servicios, ello no se condice con la realidad de la situación laboral del personal que presta servicios o labora en el sector público. En efecto, este tipo de contratación genera desigualdades en el ámbito laboral hacia los trabajadores, toda vez que encontramos en una misma institución personal que labora con distintos regímenes de trabajo, como es el caso de personal contratado bajo el Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y el cuestionado Decreto Legislativo N° 1057 - Norma que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Si bien se ha cuestionado que los CAS no cumplen con otorgar beneficios laborales equitativos entre los distintos regímenes laborales. Ello ha contribuido *“a la desaparición de los contratos de servicios no personales (SNP) que nunca reconocieron derecho alguno al trabajador (salvo que este iniciara su proceso judicial) (...), por ende este tipo de régimen se convirtió en una alternativa de mejora por el reconocimiento de ciertos derechos (...).”*⁹³. No hay duda que con los CAS se hizo un reconocimiento a los derechos laborales de los contratados bajo el régimen de Servicios No Personales. Sin embargo, debemos discrepar de lo dicho, pues el CAS al pretender ser *“un régimen especial de contratación laboral”*⁹⁴ debería traer consigo el reconocimiento de beneficios laborales propios de un régimen laboral.

Respecto a los contratos de servicios no personales, el Decreto Legislativo N° 1057, ha sido *“la solución a este problema porque reconoció derechos mínimos a estos servidores como el acceso a la seguridad social (...).”*⁹⁵. Consideramos que la entrada en vigencia de dicha norma no ha sido la panacea a esta situación, pues el reconocimiento de derechos mínimos es una transgresión a los derechos laborales. Si bien se reconoce parte de beneficios laborales sin ser un régimen laboral, lo dicho

⁹³ PAREDES NEYRA, Iván. HIGUCHI MATSUDA, Giuliana. Análisis críticos sobre los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional con ocasión de la prórroga automática del CAS, en Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. N° 39, marzo, 2011, pág. 92

⁹⁴ STC N° 0002-2010. FJ. 47. “De modo que, a partir de la presente sentencia, el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado “contrato administrativo de servicios”, deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional”.

⁹⁵ QUISPE CHAVEZ, Gustavo. El contrato administrativo de servicios a través de los fallos constitucionales y administrativos. A propósito del primer fallo del Tribunal del Servicio Civil sobre el CAS, en Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica, año 4, N° 09, marzo, 2011, pág. 146.

estaría aceptando tácitamente que en el fondo estamos ante una relación laboral y, por ende, no correspondería ser acreedor solo de “derechos mínimos laborales” sino de derechos laborales como toda persona que presta sus servicios de manera personal, subordinada y remunerada.

Uno de los beneficios de un servidor contratado bajo el régimen CAS, es que éste trabaja *“un máximo de 48 horas de prestación de servicios a la semana. Con ello, el Estado regula la jornada semanal máxima de prestación de servicios, estableciendo un tope de horas máximas. Así la entidad, en ningún caso, podrá suscribir contratos o exigir más horas que las señaladas en la norma, pudiendo contratar por menos horas a la semana, de considerarlo conveniente”*⁹⁶.

En apariencia, lo descrito parecería que este tipo de contrato respeta efectivamente la “jornada laboral”, que es lo mismo usar el término “prestación de servicios” para efectos del presente tema. Sin embargo, en la práctica tal situación resulta desproporcionada, pues sin ir muy lejos en la administración pública, el personal contratado bajo la figura del CAS presta servicios o labora pasada sus ocho horas a la semana, más de cuarenta y ocho horas semanales, sin que por ello se les reconozca un adicional en su remuneración o un incentivo para el trabajador. En consecuencia, ese beneficio o ventaja deviene solo en una ficción o figura abstracta, como muchas de las normas del cuestionado régimen.

3.2.1.1 Contrato de locación de servicios vs CAS:

El artículo 1764^o del Código Civil establece que el contrato de locación de servicios, es aquel acuerdo de voluntades por el cual *“el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”*. Coincidimos que no hace falta interpretar lo señalado, pues es notorio que en estos tipos de contrato prima la independencia del contratado.

Sin embargo, a lo largo de los años, empresas privadas y entidades públicas han hecho uso y abuso de esta modalidad contractual. En el 2010, como consecuencia de inspecciones laborales realizadas por el Ministerio de Trabajo, se detectó a 6,017

⁹⁶ Qué es el CAS y cuáles son los beneficios que tienen los contratados bajo esta modalidad. Disponible en: <http://consultoresgubernamentales.blogspot.com/2009/03/que-es-el-cas-y-cuales-son-los.html>. Revisado el 12 de octubre del 2011.

contratados irregularmente⁹⁷.

En efecto, debido al uso indebido de los contratos por locación de servicios, diversas empresas se han valido de estos contratos para ocultar así la verdadera naturaleza laboral con el fin de evitar el pago de beneficios laborales o la elaboración de un contrato de trabajo, por ejemplo en el sector público se contrataba bajo SNP, que no era otra cosa que un contrato de locación de servicios.

Frente a esta situación, nacen los contratos administrativos de servicios como medida alternativa para la contratación de personal sin mediar relación laboral, puesto que si bien no es un contrato de locación de servicios sino un contrato administrativo de servicios, pues a diferencia de los primero éstos otorgan derechos laborales que no ofrecen los contratos de locación, por lo que así se evitaría la contratación irregular, claro está que los CAS no es aplicable al sector privado, pero creemos que el cambio ha empezado por el sector laboral más débil como es el sector público.

3.2.1.2 Posición del Tribunal Constitucional:

Muchos y con justa razón han criticado los famosos CAS, docentes, juristas, especialistas en la materia, todos y cada uno con opiniones diversas pero con un mismo fin, cuestionar la norma que regula dichos contratos. Acorde con el malestar en el medio laboral por parte de los servidores públicos, por primera vez se emite pronunciamiento respecto a esta problemática.

a. Sentencia Nº 00002-2010-PI/TC:

El Tribunal Constitucional, en adelante (TC), como máximo intérprete de la ley, ha expresado la constitucionalidad de los contratos administrativos de servicio a través de la sentencia recaída en el expediente 00002-2010-PI/TC, sentencia en la que se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo Nº 1057.

Entre los fundamentos de la sentencia, el TC desarrolló como primera conclusión

⁹⁷MTPE detectó 6,017 casos de trabajadores contratados con contratos irregulares. Disponible en: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarNoticias.php?codNoticia=2959>. Revisado el 04 de julio de 2012.

“que no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N° 1057 como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes. (...)”⁹⁸.

En relación al fundamento expresado, el TC determina que los CAS son constitucionales y que además puede coexistir con los regímenes laborales ya existentes, como el regulado por el Decreto Legislativo 728 y 276.

En nuestra opinión consideramos inaceptable dicho pronunciamiento, puesto que la solución a esta problemática no es la creación de un nuevo régimen laboral, sino más bien unificar los cuestionados contratos administrativos de servicios, otorgándoles a los trabajadores los derechos laborales que les corresponde, puesto que el solo hecho de prestar servicios de manera dependiente para la entidad contratante, ello conlleva a una relación de subordinación frente a éste, por lo que fácilmente se configura la relación laboral existente pues está de por medio la remuneración o retribución, prestación personal del servicio y más importante aun el elemento de subordinación.

Uno de los fundamentos que llama la atención es cuando el TC, señala que:

“corresponde a la autoridad administrativa competente dictar la regulación necesaria, en acatamiento de la Constitución, para la protección de los derechos fundamentales de naturaleza laboral que reconoce la Constitución a favor de los trabajadores en cualquier régimen laboral, incluidos los que ahora forman parte del sistema de contratación laboral regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057, entendido este último, a partir de esta sentencia, como un régimen especial laboral, distinto de los ya existentes”⁹⁹.

“De modo que, a partir de la presente sentencia, el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado “contrato administrativo de servicios”, deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional”¹⁰⁰.

Si la autoridad administrativa tendría que aplicar la regulación necesaria en cumplimiento de lo que señala nuestra Carta Magna, y con ello nos referimos al respeto de derechos laborales y de igualdad ante la ley, no tendría acaso que inaplicar la norma?

⁹⁸ STC N° 00002-2010-AI/TC. FJ. 26

⁹⁹ STC N° 00002-2010-AI/TC. FJ.43

¹⁰⁰ STC N° 00002-2010-AI/TC. FJ.47

Sin embargo, debido al pronunciamiento expreso en la presente sentencia, ahora los CAS, son parte de un régimen especial laboral, independiente de los ya reconocidos, y cuando se refiere a un régimen especial, no es que el trabajador se beneficie de mas derechos sino que resulta especial porque le son otorgados reducidos derechos y por ende discriminados por tal condición.

Si bien el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los contratos administrativos de servicios, cuestionamos tal decisión, pues pese a los distintos fundamentos expresados por el máximo intérprete de la ley, nos queda por determinar cómo se resolvieron dichos casos sin vulnerar los principios y derechos laborales.

Posterior a este fallo, tenemos la sentencia recaída en el expediente N° 10-2010-PI/TC, donde el Tribunal Constitucional se volvió a pronunciar respecto de la inconstitucionalidad del presente Decreto Legislativo declarándolo improcedente por haberse emitido una sentencia anterior con el mismo tema. En efecto, mientras el TC no declare la inconstitucionalidad o la derogación del DL 1057, no puede existir decisión alguna que refute dicho fallo.

b. Consecuencias jurídicas de la sentencia:

La sentencia en mención declara constitucional los CAS, por lo que ninguna autoridad podrá omitir la aplicación de la norma así como su reconocimiento.

De conformidad con lo establecido en el 2º párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237, los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido declarada en un proceso de inconstitucionalidad, lo cual quiere decir que ningún juez podrá aplicar control difuso, es decir inaplicar una norma al caso concreto. Sin embargo, recordemos que la Segunda Sala Laboral de Justicia de Lima inaplicó la norma que regula la contratación administrativa de servicios, al señalar que:

“(…) haciendo uso del control difuso de la constitucionalidad de las leyes que autoriza el artículo 138 de la Carta Magna, por existir incompatibilidad entre lo dispuesto del Decreto Legislativo N°1057 y la Constitución Política del Estado, este Colegiado declara que es inaplicable el citado Decreto Legislativo al presente caso concreto”¹⁰¹.

¹⁰¹ EXP. N° 719-2010-BE (S). FJ. 29

La constitucionalidad de la norma cuestionada resulta incompatible no solo con los principios laborales como el principio de primacía de la realidad y el de progresividad laboral, sino también con normas de derecho laboral que en conjunto no guardan relación ni concordancia con nuestra Constitución.

La sentencia señala que los contratos administrativos de servicio deben ser reconocidos como un régimen laboral especial. Sin embargo, también señala que este tipo de régimen es distinto a los ya existentes.

El reconocimiento laboral especial de la norma no ha motivado que realmente sea tratada como una norma laboral pese a tener características similares que acrediten que estamos frente a un régimen laboral existente en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional a través de esta sentencia ha advertido que se vulneraban derechos fundamentales como el derecho a la huelga y la sindicalización lo cual ha llevado a su reconocimiento por parte del régimen CAS en cumplimiento de lo señalado por dicha sentencia.

Es importante resaltar que a raíz de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, al margen de considerarla constitucional ha reconocido efectivamente derechos fundamentales. Sin embargo, pese a considerar que este tipo de contratación se encuentra dentro de los márgenes de un régimen especial laboral al tener características propias de un contrato laboral y no de un contrato administrativo, esa distinción no tiene relevancia o merito alguno si pese a ello se sigue tratando de manera discriminatoria y vulnerando la igualdad de derechos ante la ley de los servidores CAS.

3.2.2 Argumentos en contra de los CAS:

El reconocido laboralista y ex-Ministro de Trabajo, Carlos Blancas Bustamante, sostiene que *“el contrato administrativo de Servicios o CAS es inconstitucional ya que viola las normas laborales, el principio de igualdad y las libertades sindicales, haciendo cada vez más precario el empleo en la administración pública”*¹⁰². En efecto, como bien señala el Dr. Blancas, el referido régimen especial menoscaba

¹⁰² “El CAS no reconoce la plenitud de los derechos laborales de los trabajadores”. Disponible en: <http://radio.rpp.com.pe/derechociudadano/el-cas-no-reconoce-la-plenitud-de-los-derechos-laborales-de-los-trabajadores/>. Revisado el 07 de setiembre del 2011.

derechos y principios laborales amparándose bajo una norma discriminatoria que no solo reduce beneficios laborales sino que afecta el desarrollo moral y personal del trabajador.

En el mismo sentido, Jorge Toyama explica, “*estamos ante personas contratadas sin patria laboral, pues, la normativa que diseña el CAS tiene una preocupación constante por alejarlos de la laboridad*”¹⁰³. De ello podemos añadir que dicho régimen especial por el que se contrata a personal para prestar sus servicios en el sector público los mantiene en la incertidumbre y alejado de la realidad laboral a un buen número de trabajadores del sector público. Ellos aparentemente prestan servicios bajo un contrato administrativo de servicios con beneficios que no benefician más que al Estado, mientras que en el mundo real forman parte de una relación laboral con la entidad pública que los contrata de manera no autónoma, es decir subordinada.

Si bien el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057 – CAS, el doctor Omar Toledo, mediante resolución expedida por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, realiza una importante motivación y un análisis profundo sobre el tema en cuestión, aplicando el Test de Proporcionalidad a la controversia, el mismo que no fue superado, evidenciándose de esta manera la vulneración al principio de igualdad.

Entre los fundamentos del expediente N° 719-2010-BE (S), la Sala Laboral destacó que:

*“(...) resulta necesario realizar un análisis aplicando el **Test de Igualdad** (Razonabilidad o Proporcionalidad), que es una técnica o pauta metodológica específica que permite determinar si una ley establece una diferenciación o una discriminación, utilizada por el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos (...) de esta forma verificar la presunta infracción o no al Principio - Derecho de Igualdad”*¹⁰⁴

En los puntos posteriores trataremos con mayor detalle la aplicación del Test de Proporcionalidad, donde verificaremos si realmente se produce una discriminación por parte del Estado al permitir que tres regímenes laborales subsistan para la contratación en el sector público.

¹⁰³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral. Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 35.

¹⁰⁴ EXP. N° 719-2010-BE (S). FJ. 14. Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima considera que hay incompatibilidad entre el Decreto Legislativo N° 1057 y la Constitución Política del Estado. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/719-2010-_CAS_control_difuso.pdf

Por otro lado tenemos, que la sentencia expedida señala que existen otras medidas menos gravosas frente a la creación de los CAS en cuanto a vulneración de derechos se refiere, toda vez que señala que:

“Los objetivos antes indicados pueden lograrse perfectamente mediante el establecimiento de un régimen ordenado de ingreso de los trabajadores al servicio del Estado y eventualmente mediante reconocimiento progresivo, con tramos perfectamente definidos, de los derechos laborales reconocidos en la normas del Bloque de Constitucionalidad y en función a las disponibilidades presupuestarias del Estado”¹⁰⁵.

En efecto, si dicho régimen se incorporó de manera transitoria a nuestro ordenamiento jurídico, y que en teoría se contrata bajo esta modalidad para cubrir labores temporales mas no permanentes, porque entonces no se procede a la incorporación progresiva de contratados bajo esta modalidad a los regímenes laborales ya existente.

Consideramos que lo más congruente es que si la necesidad temporal de contratar sobrepasa el tiempo señalado, convirtiéndose así en una necesidad permanente, entonces si se desea continuar con los servicios del contratado, a nuestro parecer lo adecuado sería incorporar como trabajador a la planilla de la entidad contratante y no como un simple prestador de servicios.

Por otro lado, importante mención merece la aplicación del control difuso que realiza la Sala para el caso en concreto. Recordemos que el control difuso tal como lo ha señalado la jurisprudencia es:

“(...) una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (artículo 138º de la Norma Fundamental). El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho. (...)”¹⁰⁶.

En ese sentido, la Sala en el ejercicio de sus funciones y en el uso de sus facultades, entre ellas de ejercer control difuso, es que la resolución emitida en dicha sentencia se pronuncia a favor de la demandante, inaplicando una norma al caso concreto por verificar que la norma vulnera derechos fundamentales señalados en la constitución como es el derecho al trabajo y a la igualdad.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, FJ. 24

¹⁰⁶ STC N° 02132-2008-PA/TC. FJ. 17

Si bien es cierto, esta decisión no es definitiva pues aun la decisión ha sido elevada a consulta, por lo que ahora corresponde a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema confirmar la decisión emitida en Sala o contradecirla en todos sus extremos.

Por otro lado, debemos evaluar las posibles decisiones que puedan adoptarse, pues si lo emitido en Sala respecto a la inaplicación del Decreto Legislativo N° 1057 es confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República, ello puede contravenir lo señalado en el artículo 138 del segundo párrafo de la Constitución, toda vez que expresa que:

*“(…)
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”¹⁰⁷.*

En concordancia con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, en su segundo párrafo señala que:

“los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”¹⁰⁸.

En ese sentido, no sería posible la inaplicación de la norma para el caso en concreto, pues al haber sido declarado constitucional tal decisión estaría contraviniendo disposiciones que emanan de nuestra Constitución.

Entre otros argumentos en contra de este tipo de contratación, remitámonos a lo señalado por el autor Gómez Sánchez Torrealva, quien refiere que:

*“si bien la incorporación del CAS a nuestro ordenamiento jurídico abre las puertas a una nueva figura de contratación, también es cierto que a través de la **interpretación** se puede inaplicar los dispositivos que resulten contrarios a ella. (...) por lo que consideramos que bastará la aplicación de la **interpretación** para resolver este asunto”¹⁰⁹. (Subrayado y resaltado nuestro)*

¹⁰⁷ Artículo 138. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU.

¹⁰⁸ Ley N° 28237 - CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

¹⁰⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco Alberto: “El contrato administrativo de servicios desde la perspectiva constitucional: implicancias de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057” en Comentarios al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, Juristas Editores. Lima, 2010, pág. 283-284

En efecto, de lo señalado por el autor podemos añadir otro mecanismo por el cual se podría inaplicar una norma si así lo amerita, pues deja en claro que aplicando el Test de Proporcionalidad y una adecuada interpretación de la norma, su aplicación podría aproximarnos a dar por fin solución a la controversia que ha originado la norma en cuestión.

3.3 El análisis de los CAS a partir de la Igualdad:

A efectos de determinar si realmente existe desigualdad, discriminación o un trato diferenciado hacia las personas que prestan servicios bajo este tipo de contratación, es necesario determinar tales conceptos desde la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional:

3.3.1 Dimensiones de la igualdad:

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”¹¹⁰.

Partiendo de esta premisa, podemos inferir que todos los seres humanos somos iguales, al menos en cuanto a derechos y por tanto ser exigibles frente al Estado.

La institución de la igualdad se manifiesta de dos formas, tanto como principio y como derecho. Siendo los principios aquellos axiomas jurídicos que rigen nuestro ordenamiento y el derecho a la igualdad como aquellos derechos inherentes al ser humano.

3.3.1.1 Principio de Igualdad:

En términos generales, cuando hacemos referencia al término de la igualdad se nos viene a la mente sinónimos como equidad, justicia o no discriminación. Lo cierto es que dicho significado ha trascendido no solo a lo largo de la historia sino también de la jurisprudencia.

Nuestra jurisprudencia en innumerables sentencias ha señalado que:

¹¹⁰ Artículo 1º. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

“La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad”¹¹¹.

Todo principio constituye la base o cimiento de una norma, el cual procura no solo la correcta interpretación o aplicación de una norma o ley, sino también busca el bienestar de la sociedad mediante la equidad y la justicia.

Si bien todos somos iguales ante la ley, lo cual quiere decir que todos debemos ser tratados por igual, dicho principio no alcanza plenamente a todos los ciudadanos y no por ello se establece un trato discriminatorio, tal como lo ha expresado nuestra jurisprudencia al señalar que:

*“no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.*¹¹² (Subrayado nuestro)

En ese sentido, el trato desigual está permitido siempre que existan razones justificadas para su trato sin que ello conlleve a la vulneración de sus derechos.

Por su parte, el reconocido jurista y filósofo Norberto Bobbio define a:

*“La igualdad, como valor supremo de una convivencia ordenada, feliz y civil, (...), como aspiración perenne de los hombres que viven en sociedad, y de otra, como tema constante de las ideologías y de las teorías políticas, (...)”.*¹¹³

En efecto, el ideal de toda persona es llegar a un equilibrio que nos procure armonía y paz social, esa finalidad no solo es anhelada por cada sociedad, gobernante, pues lo es también para el Derecho. Tengamos en cuenta que el derecho es dinámico y como tal actúa acorde a la realidad de la sociedad.

Recordemos que a lo largo del presente trabajo, hemos advertido que los principios en el mundo jurídico son fuente de inspiración que permiten que encontremos una correcta y justa interpretación de la norma y que logremos con ello la mejor solución a diversas situaciones o problemas jurídicos. No obstante, pese a que el derecho y la

¹¹¹ STC N° 0606-2004-AA/TC. F.J.09.

¹¹² STC N° 04993-2007-AA/TC. F.J.24.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Ediciones Paidós. España 1993, pág. 53.

realidad de cada sociedad se encuentran en constantes cambios, en pro de soluciones jurídicas del mundo moderno, los principios en cada tiempo o circunstancia, siempre mantendrán su razón de ser y su esencia orientadora.

En ese sentido, el principio de igualdad no resulta ajeno a esa función, pues desde principio a fin, la finalidad del principio de igualdad siempre es y será la equidad entre las personas en busca de una sociedad justa.

3.3.1.2 Derecho a la igualdad:

Entre los diversos derechos protegidos en nuestra Carta Magna, podríamos afirmar casi con convicción que el derecho más tratado y a la vez más vulnerado en nuestro Sistema Jurídico, es el derecho a la igualdad.

En efecto, quien no se visto afectado en sus derechos por ser tratados con indiferencia, por tener menores privilegios o por no tener derecho nada y si los tuviera por no poder ejercerlos. En contraposición a ello, diversos instrumentos jurídicos internacionales y nuestra propia Constitución expresa que:

“(...) 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”.¹¹⁴

En sentido estricto, todo ciudadano peruano sin excepción debe ser tratado bajo las mismas condiciones y leyes. Sin embargo, sabemos que ello no se condice con la realidad.

En principio, las leyes deben ser aplicables a todos sin distinción alguna, no obstante existen casos en que ello es relativo, por ejemplo un menor de edad no puede ser juzgado con las mismas leyes que rige nuestro ordenamiento jurídico o el privado de libertad quien no puede disfrutar de los mismos derechos que una persona en libertad por obvias razones.

Uno de estos casos en los que se evidencia que la ley no rige a todos por igual cuando debería serlo, lo encontramos en la aplicación de normas discriminatorias como es el caso de la contratación administrativa de servicios en el sector público. Como sabemos una persona contratada bajo este régimen no tiene los mismos

¹¹⁴ Artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

derechos que ofrece un contrato laboral pese a que las condiciones o servicios en las que se desempeñan son idénticos a las de un trabajador.

Entonces vemos claramente que no todos tienen acceso al derecho de igualdad y/o que ésta no se puede ejercer plenamente, pues existen casos en que con toda razón o no, no puede aplicarse a toda persona.

Nuestra jurisprudencia por su parte, ha expresado que:

“La igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja o tutele”¹¹⁵.

Como ya hemos hecho referencia en el párrafo anterior, no todos pueden hacer valer su derecho de igualdad frente a otros o frente al Estado, es por ello que la aplicación y su ejercicio dependerán de la situación jurídica en la que se encuentre cada persona, a fin de determinar si es conveniente otorgar derechos de igualdad a alguien que se encuentre en estado de indefensión y por lo tanto le sea imposible cumplir con la aplicación de igualdad en materia de impuestos por ejemplo.

3.4.2 Clasificación de la igualdad:

3.4.2.1 Igualdad formal:

a. Ante la ley

La igualdad es uno de los derechos y principios más importantes sobre el que se erige nuestro sistema jurídico, siendo el pilar de nuestras normas, doctrina y jurisprudencia. Pese a que es un excelente mecanismo por el que se invoca protección frente a las desigualdades en nuestra sociedad y en el mundo jurídico, debemos resaltar que no debe tomarse como un concepto absoluto, puesto que invocar el derecho de igualdad en sentido estricto, es cerrar los ojos a otras condiciones o situaciones en las que no es posible que la ley sea aplicable a todos por igual.

Nuestra Carta Magna señala que “(...) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. (...)”¹¹⁶. Por ejemplo, un

¹¹⁵ STC N° 0606-2004-AA/TC. FJ.09

¹¹⁶ Literal b, inciso 24, artículo 2 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

menor de edad [12 años] comete un hecho delictivo sancionado con la restricción de la libertad física, entonces, si esta persona ha cometido delito, lo consecuente es que debería ser sancionado con la privación de la libertad, no obstante, la aplicación de igualdad ante la ley no le es aplicable, pues estamos ante un caso de un menor de edad sin capacidad de ejercicio.

El Tribunal Constitucional expresa que por igualdad ante la ley se entiende que:

*“(...) la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; (...)”.*¹¹⁷

La norma señala que todo ciudadano debe contribuir al fisco mediante impuestos y otras cargas establecidas por ley; sin embargo, no todos los ciudadanos están en las posibilidades de hacerlo y con ello no nos referimos a que no deberían contribuir, sino que el pago de impuestos debe quedar supeditado en función a la posición social y económica en la que se encuentre el ciudadano, es decir, que la recaudación de impuestos se debe establecer no en base a la ley sino en base a las posibilidades de cada sector o ciudadano, aplicable lo que en derecho llamamos, capacidad contributiva.

Por ejemplo, no podría decirse que el ciudadano que domicilia en el distrito de Ventanilla pague los mismos impuestos o en igual proporción que aquel que domicilia en el distrito de Surco, la norma es congruente para tales casos.

Tomando el mismo ejemplo y aplicándolo al tema que nos compete, si la norma y la jurisprudencia señalan que aquel personal que se encuentra en un centro de labores, prestando servicios de manera personal, bajo la dirección de una autoridad y mediante una remuneración o contraprestación, tales características acaso no demostrarían que estamos ante la presencia de un trabajador. Sin embargo, la realidad de muchos servidores del sector público es precaria pues pese a lo señalado, ello no varía en absoluto la posición de un trabajador CAS.

Entonces, no sería acaso justo y con derecho aplicársele a dichos trabajadores bajo una figura de prestador de servicios, normas laborales y no normas de carácter administrativo, que lo que hacen es vulnerarlos en sus derechos.

¹¹⁷ STC N° 0048-2004-AI/TC. Fj. 60

b. En la Ley

En principio todos y cada uno de nosotros debemos ser tratados por igual, mas en la práctica resulta necesaria que hagamos ciertas diferenciaciones al momento de aplicar la norma.

Siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, encontramos que:

*“(...) desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad “en la ley”, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma”¹¹⁸.
(Resaltado nuestro)*

En comparación a lo señalado por el Tribunal y a la problemática existente en la contratación de personal en el sector público, la doctrina en numerosas publicaciones sobre la materia junto con la jurisprudencia en aplicación al principio de la realidad y las normas laborales, señalan que existe una relación laboral toda vez que el personal contratado presta servicios de manera personal, bajo la dirección de un superior y que a cambio recibe una remuneración por los servicios que realiza. Entonces, dejemos en claro que la norma en materia laboral determina que toda persona bajo estas condiciones es un trabajador.

Bajo ese criterio, podríamos afirmar que el Estado sí estaría afectando el derecho a la igualdad en la ley de los servidores contratados mediante contratos administrativos de servicios, pues si bien estos servidores se asemejan en la realidad a la actividad que realiza un trabajador, lo único que los diferencia en la práctica es el contrato o el régimen al que se encuentran prestando servicios.

Entonces, al no existir razón justificada que permita diferenciar a un servidor público y a un trabajador, toda vez que la norma laboral señala características expresas de una relación laboral, consideramos que los servidores CAS, merecen similar o igual trato jurídico y laboral.

Asimismo, citando a Enrique Álvarez Conde, refiere que:

“la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”¹¹⁹. (Subrayado nuestro)

Si bien toda persona es igual ante la ley, no hacemos referencia a una igualdad absoluta sino a una igualdad relativa, en la que existe un trato de igualdad a los iguales y de desigualdad a los desiguales, y no por ello estamos hablando de discriminación o inequidad, bajo esa perspectiva, no en todos los casos ésta se verá afectada a no ser que ese trato desigual se lleve a cabo sin sustento o argumento justo o arreglado a derecho.

En razón a lo expuesto, no podríamos decir que se trata con desigualdad a estos ciudadanos, sino que se le trata en la medida de las posibilidades de cada ciudadano. De ahí, porque la igualdad ante la ley no es constante sino relativa, no aplicándose estrictamente sino en función de cada situación o caso concreto.

c. En la aplicación de la ley

Al analizar estas líneas se nos viene a la mente frases como “*Todos somos iguales ante Dios y ante las leyes*”, claro está que éstas no se cumplen a cabalidad pues existe situaciones en las que la ley debe aplicarse según la situación jurídica en la que nos encontremos.

Lo dicho se ampara en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, toda vez que señala que la igualdad en la aplicación de la ley:

*“(…) ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, **una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares**. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas”*.¹²⁰

¹¹⁹ Citado en la STC N° 0048-2004-AI/TC. Fj. 61

¹²⁰ STC N° 1279-2002-AA, FJ. 2, párrafo 2.

(Resaltado nuestro)

A pesar de la existencia de igualdad de derechos y/o igualdad de oportunidades protestamos por su incumplimiento porque no somos tratados por igual; no obstante, debemos entender que no podemos ver a este principio-derecho como un común denominador puesto que la aplicación de leyes de manera general, sin duda, perjudicaría a los menos favorecidos o a los que se encuentran bajo extrema pobreza pues no todos están en la capacidad de asumir el cumplimiento de las leyes en general o las disposiciones contenidas en ellas, pues para ello existen excepciones que si bien se aplican para ciertos sectores, rubros o personas, ello no deviene en una desigualdad, sino que simplemente se entiende que debe aplicarse en función a la capacidad económica o posición social de cada persona.

3.3.2.2 Igualdad Material:

a. Igualdad de trato:

En nuestra sociedad al igual que otras en el mundo, existe discriminación o trato desigual, racismo uno respecto de otros, a través de la búsqueda de empleo, por pertenecer a diferentes grupos sociales o étnicos o por tener otra nacionalidad, lo cierto es que se presentan en mayor, igual o menor medida.

Hemos sido testigos de esa desigualdad de trato sobre todo en la búsqueda de trabajo, aquí ejemplificaremos en caso de una empresa que mediante un anuncio describe que requiere de una secretaria de 20 a 25 años y con buena presencia. Entonces, nos preguntamos si no sería un impedimento injusto que una secretaria con amplia experiencia en sus labores pero que no cumple con el último requisito señalado pueda acceder a este empleo.

Lo señalado es tan solo un pequeño ejemplo del día a día en estas situaciones, pero ubiquémonos en el ámbito laboral que es la materia que nos compete, por ejemplo, para formar de una entidad pública existen 02 formas de acceder a ella. El primero, es ser contratado por concurso previo bajo un contrato laboral. La segunda forma es ser contratado por concurso público pero bajo un contrato administrativo de servicios, mediante una serie de exámenes lo cual nos parece justo, pues ello no solo sirve para determinar las capacidades del candidato sino que permite que por mérito propio una persona alcance un puesto de trabajo. Lo que nos parece injusto es que

para ambas situaciones postulan las mismas personas, con la diferencia que quien alcance la plaza que desea obtendrá más beneficios y derechos que aquel con otro tipo de contratación.

En contraposición a lo que sucede en la realidad, el máximo intérprete de la Constitución, ha señalado en la STC N° 008-2005-PI/TC que:

*“(...) el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la **igualdad ante la ley**. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo”¹²¹.
(Resaltado y subrayado nuestro)*

Asimismo, recordemos que por Igualdad ante la ley se entiende que:

“(...) la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; (...)”¹²²

Cabe resaltar que la desigualdad de trato no solo es manifiesta por la diferencia de contrato a la que un nuevo personal es sometido, sino que ello se refleja en los derechos que un contrato u otro ofrecen, así como la diferencia de salarios pese a realizar las mismas actividades o funciones y en un mismo centro laboral.

Entonces, siguiendo los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos precedentes, si por igualdad de trato se entiende la existencia de igualdad ante la ley, entonces, podemos afirmar que sí se estaría afectando ese derecho de igualdad ante la ley a la que hemos hecho referencia en los puntos anteriores, porque evidentemente no existen razones justificadas ni criterios razonables para esta desigualdad de trato frente a un trabajador y un servidor si recordamos que existen normas laborales que contemplan un contrato laboral para todo aquel que se encuentre prestando servicios de manera personal, bajo la subordinación de su superior y de por medio una contraprestación, como lo está tanto un servidor bajo CAS y un trabajador bajo un contrato laboral.

b. Igualdad de Oportunidades:

¹²¹ STC N° 05652-2007-AA/TC, FJ.35.

¹²² STC N° 0048-2004-AI/TC, FJ 60

El principio de igualdad de oportunidades como derivado del principio de igualdad, tiene su fundamento en la Constitución y en normas de carácter laboral. Su mención más que necesario resulta fundamental para el tema que nos compete puesto que parte del problema materia de estudio radica en la no aplicación efectiva de dicho principio.

Como es de público conocimiento, el cuestionado decreto legislativo, norma que regula la contratación administrativa de servicios, no guarda relación ni es acorde a las leyes laborales previstas tanto en dispositivos internacionales como en nuestra Constitución Política, puesto que transgrede normas y principios laborales como el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación.

Lo dicho se ampara en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional sobre la materia. Entre ellos destaca, la referencia sobre el contenido del principio a la igualdad de oportunidades, sobre el cual el colegiado ha expresado que tal principio:

“hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley”¹²³.

De ello se desprende que la igualdad de oportunidades es un factor fundamental en el ámbito del derecho pues a través de este principio los trabajadores tienen la posibilidad de defenderse frente a cualquier trato o acto discriminatorio suscitado en un centro laboral, en la que un trabajador es tratado de manera desigual frente a otros de su mismo entorno pese a laborar bajo las mismas condiciones o circunstancias pero con diferentes o reducidos beneficios laborales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha referido que:

“la igualdad [de oportunidades laborales] se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones”¹²⁴.

¹²³ STC N° 008-2005-PI/TC. FJ. 22.

¹²⁴ STC N° 2510-2002-AA/TC. FJ. 2.

En otras palabras, este principio es un mecanismo por el cual se evita que un trabajador sea tratado de manera desigual frente a una misma situación laboral. Sin embargo, la vigencia del régimen CAS propicia la desigualdad entre trabajadores evidenciándose además un acto discriminatorio.

Sin perjuicio de lo dicho, existen referencias sobre la materia. Esto se puede corroborar en el dicho de Jorge Toyama sobre igualdad de trato y de oportunidades, en el cual refiere que *“es una de las piezas fundamentales en la sociedad, y a través de él las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas o sexuales”*¹²⁵.

Entendida esta situación, se asume que tal principio constituye un derecho fundamental por el que se intenta evitar un trato diferenciado al trabajador que realiza las mismas labores y bajo las mismas circunstancias, lo cual y según las disposiciones del cuestionado Decreto Legislativo estaría afectando seriamente principios sobre el que se erige nuestro ordenamiento jurídico y en especial normas de carácter laboral.

Asimismo, Neves Mujica refiere que *“la igualdad exige una verificación de hecho, para comparar individuos y determinar si su situación es semejante o no, y después reclama un trato correspondiente a lo comprobado. De este modo el trato no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales”*¹²⁶.

De ello se desprende que las partes que conforman una relación laboral, ya sea el Estado o la empresa con el trabajador se encuentre obligado a no realizar diferenciación alguna o de manera arbitraria propiciando la desigualdad de trato en el empleo.

En nuestra opinión y como la de muchos peruanos así como servidores que laboran bajo este régimen, la contratación administrativa de servicio es totalmente inconstitucional, no obstante que el Tribunal Constitucional ha manifestado lo contrario; sin embargo, frente al derecho laboral es totalmente injustificable e inaplicable dicha norma, toda vez que esta modalidad de contrato laboral especial, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, reduce derechos laborales reconocidos por

¹²⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derecho Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: “Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Jurisprudencia Constitucional”. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Nacional 2006. p. 172

¹²⁶ NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo”. 1ra edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009, p. 134.

nuestra Carta Política; en consecuencia, vulnera derechos fundamentales de la persona, como ciudadano y trabajador¹²⁷.

3.3.3 Diferenciación:

3.3.3.1 Concepto:

La Real Academia de la Lengua Española, define diferenciar como:

*“Hacer distinción, conocer la diversidad de las cosas. (...)
Dicho de una persona: Hacerse notable por sus acciones o cualidades”¹²⁸.*

En términos generales entre hombres y mujeres no debe haber distinción; no obstante, los intentos por dotar de esa anhelada igualdad a una población desigual una de otra, ha determinado que resulta necesario diferenciar y tratar de manera diferente a quienes no se encuentran en las mismas condiciones o posibilidades de defenderse o de enfrentar los problemas de nuestra sociedad, así como seguir reglas, disposiciones o normas que regulan nuestra convivencia en sociedad y en el ordenamiento jurídico.

Conocer la diversidad de culturas, lenguas o condiciones sociales de un sector llámese grupos marginados, nos demuestra que indefectiblemente esa diferenciación resulta necesaria, no para desvalorar a una persona sino por el contrario, dotar de los mismos derechos y posibilidades de acceso a un sector que por su condición no pueden hacer valerlos como el resto de la población.

El entender de la mayoría de personas es que diferenciar a un individuo de otro o diferenciar un grupo social de otro deviene en un acto discriminatorio e ilegal, y precisamente para evitar actos discriminatorios frente a otros y por una razón de justicia es que la realidad social nos ha llevado a diferenciar el trato en un sector socialmente marginado y desprotegido.

¹²⁷ URVIOLA MONTESINOS, Luis H. Inminente despido arbitrario de los servidores por Contrato Administrativo de Servicios – CAS. Recuperado de: <http://www.losandes.com.pe/Politica/20090719/24668.html>. Revisado el 26 de setiembre del 2011.

¹²⁸ www.rae.es

La diferenciación, además de dar a conocer que la situación de un determinado grupo es distinta al sector dominante, trae un aspecto positivo que debe resaltarse toda vez que permite que esas cualidades o diferencias permitan un trato justo y a la par con el de aquellos beneficiados por una norma general.

De todo lo expuesto podemos afirmar que el trato diferenciado no constituye un acto ilegal, sino por el contrario constituye un acto válido y legítimo. Dicha afirmación se sustenta en lo expresado por el máximo intérprete de la Constitución, toda vez que señala que:

“(...) la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”¹²⁹.
(Subrayado nuestro)

En efecto, nuestra jurisprudencia no solo resalta la legalidad de dicho concepto al señalar que se trata de un acto legítimo y admitido constitucionalmente, sino que además resalta en qué casos nos encontramos frente a un trato diferenciado y discriminatorio.

Lo que se busca en buena cuenta es evitar que aquellas personas de condición distinta a la mayoría no se vea perjudicada o tratada como un grupo social inferior al resto precisamente por la situación de desventaja y de inferioridad en el que se encuentran, pues lo que se pretende es sin duda la equidad en aquellos sectores o grupos sociales donde se produce un trato diferenciado injustificado.

3.3.3.2 Clasificación:

Si bien no todo trato diferenciado es un acto discriminatorio, es preciso resaltar que en los actos de diferenciación también puede darse el caso de una diferenciación que no persiga la igualdad de personas en igual situación, es decir que en tales casos también es posible que tal diferenciación se dé en base a razones injustificadas que si podrían ser actos discriminatorios y por tanto vulnerador de derechos.

¹²⁹ STC: 0048-2004-PI/TC. FJ. 62

En ese sentido, consideramos importante delimitar los casos en que esa diferenciación aunque suene negativo dicho término, resulte en algunos casos efectivos para la protección de derechos y en otros lesivos para los mismos. En merito a ello, veamos en qué casos esta figura si puede afectar derechos, en especial el derecho de igualdad en base a razones infundadas.

a. Trato diferenciado justificado:

Se ha dejado manifiesto que no todo trato diferenciado es sinónimo de discriminación o acto vulnerador de derechos como es el derecho a la igualdad, también hemos dejado manifiesto que una igualdad plena no resulta del todo justo en cuanto a su aplicación, pues (...) el puro igualitarismo desatiende la existencia de situaciones o circunstancias que justifican un trato diferente”. En ese sentido, pretender igualar y dotar de los mismos derechos a un total de la población sería desconocer entre ellas, la diversidad de grupos sociales que rodean el entorno social y económico de un país.

Entonces, no necesariamente un trato diferenciado tiene una connotación negativa, pues efectivamente se trata de manera diferente y se posibilita la facultad de este trato, sin que ello resulte ilegal o arbitrario por que así lo ha considerado nuestra legislación siempre que se sustente en razones justificadas. Es decir, que aquel trato diferenciador permita además proteger a aquellas personas o grupos que se encuentran en igual situación (como por ejemplo: la población en extrema pobreza, la población indígena, entre otros), pero que por alguna razón política o económica no ostentan los mismos derechos que tiene todo ciudadano peruano.

Lo expresado se sustenta en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, toda vez que señala que:

“(…), debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. (...) La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado”¹³⁰. (Subrayado nuestro)

¹³⁰ STC: 0048-2004-PI/TC. FJ. 63

Respecto a lo señalado y a manera de ejemplo podemos mencionar el trato diferenciado que el Estado promueve respecto de un grupo social distinto al resto, como es el caso de los contratados bajo el régimen de la contratación administrativa de servicios y los contratados bajo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, donde puede verse evidentemente el trato diferenciado respecto a beneficios laborales, pues cada uno según la relación laboral o administrativa que tenga con el empleador y pese a que la realización de actividades para los cuales son contratados son las mismas, son merecedores de distintos beneficios por el solo hecho de tener distinto contrato.

Recordemos que el antecedente en cuanto a este tipo de contratación son los SNP o servidores bajo el nombre de servicios no personales, y por otro lado, sabemos que con el fin de remediar jurídicamente ese trato se creó los CAS, que no hicieron otra cosa más que otorgarle ínfimos beneficios a quienes por derecho les correspondía como todo trabajador.

En suma, respecto al caso expuesto es notorio el trato diferenciado que recibe un trabajador bajo el régimen CAS y un servidor bajo un contrato laboral. Sin embargo, solo si esa diferenciación de trato se basara en razones justificadas para su aplicación, entonces estamos hablando de un trato legítimo y válido de lo contrario estaremos frente a un supuesto trato discriminatorio, el cual está prohibido por ley.

b. Trato diferenciado injustificado:

Los párrafos precedentes han advertido que no todo trato desigual supone un trato discriminatorio siempre que esa diferenciación esté basada en razones justificadas. Por otro lado, vale decir también que no todo trato diferenciado injustificado es sinónimo de discriminación tal como señala un importante informe elaborado por la Defensoría del Pueblo respecto a que:

“La diferencia de trato también puede ser injustificada o ilegítima por no encontrarse fundada en una base objetiva y razonable y no constituir, necesariamente, un acto de discriminación.

En efecto, un trato diferenciado hacia una persona o grupo de personas puede generar el menoscabo de sus derechos. Sin embargo, si este acto no se encuentra fundado en un motivo o razón prohibida por el derecho, la acción no podrá ser considerada como discriminatoria. (...)”¹³¹ (Subrayado nuestro)

¹³¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*, Documento Defensorial N° 2, Lima, 2007, pág. 29.

Respecto al tema materia de estudio cabe preguntarnos si el trato diferenciado que el Estado promueve respecto de un grupo social distinto al resto, como es el caso de los contratados bajo el régimen de los CAS y de los contratados bajo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no se encuentren prohibido por el derecho, es decir, que las consecuencias de ese trato diferenciado de un grupo laboral frente a otro, no menoscaben sus derechos.

De ser así, cabría preguntarnos si esa diferencia de trato de ninguna manera afectará derechos laborales, en especial el derecho de igualdad de oportunidades.

En nuestra opinión, consideramos que el solo trato injustificado constituye per se una violación al derecho de igualdad. En cuanto al trato diferenciado legal y laboral por parte del Estado, se evidencia que no cumple con razones justificadas que den legitimidad a ese trato.

Por supuesto, hay quienes opinan que en cierta forma ha sido una buena medida otorgarle derechos a quienes no tenían nada, pues para quien nada tiene poco es mucho; no obstante, no estamos hablando de dádivas, estamos hablando de derechos que deben ser reconocidos y en ese sentido vemos clara que la diferenciación no se da en virtud de alguna razón justificada, por lo que ello deviene en trato diferenciado arbitrario e injustificado, es decir en un acto discriminatorio, lo cual atenta contra los trabajadores y contra la Constitución.

3.3.4 Discriminación:

Si bien el ser humano ha ido evolucionando económica y culturalmente, en cuanto a lo social percibimos una regresión de valores y principios, sobre todo cuando se muestra intolerante o cuando se presenta como un ser superior frente a los demás. De hecho, ese sentido de superioridad es comprensible en un sentido positivo, pues resulta un aliciente para alcanzar metas o lograr objetivos; sin embargo, cuando ese sentido de superioridad tiene una connotación negativa, en tanto el hombre se siente superior al otro llevándolo a discriminar sin razón alguna ya sea por no ser de su misma condición o estatus o pertenecer a un grupo social distinto.

Efectivamente esa superioridad en un sentido negativo ha llegado a tal punto en que la diferenciación de grupos sociales que tienen como fin dotar de cierta igualdad de

derechos a quienes se encuentran en una situación de disparidad por razones económicas o culturales ha repercutido no solo en el ámbito familiar o social sino también en el ámbito jurídico laboral y aquí nos referimos a los servidores contratados bajo el régimen de la contratación administrativa de servicios, régimen jurídico per se injusto y arbitrario pese a su constitucionalidad,

Es en ese sentido que no solo el ser humano es susceptible de discriminar, pues ello se evidencia también en las actuaciones del Estado y en la forma de legislar.

3.3.4.1 Concepto:

Hoy en día con toda la tecnología existente sería absurdo pretender que en nuestro país no existe actos de discriminación, pues son los medios de comunicación quienes nos recuerdan que tales actos de por si inaceptable conviven en nuestro medio social donde todos somos parte de ella.

Estos actos como hemos señalado líneas atrás se encuentra presente en distintos sectores de la sociedad, como es el seno familiar, en el ámbito educativo, religioso, cultural, económico y hasta en el ámbito laboral.

El numeral a) del artículo 1 del Convenio 111 sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958, define a la discriminación como:

“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”¹³².

En el mismo sentido, el Centro de Investigaciones de Derechos Humanos señala que la discriminación es:

“(...) una acción que trata a la gente de manera menos favorable debido a su pertenencia a un grupo específico.

Los Motivos de discriminación incluyen: color, etnia, nacionalidad, idioma, genero, religión, discapacidad, creencias, políticas, orientación sexual, edad, clase social, u otros”¹³³.

¹³² C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C111>

¹³³ Centro de Investigaciones en Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.cidh.es/es/ksdiscriminacion.html>

Está claro que el trato discriminatorio es un acto prohibido por ley, en ese sentido, cabe preguntarnos si el tipo de contratación administrativa de servicios vs los contratos amparados bajo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, resulta discriminatorio y por tanto prohibido para el derecho. A efectos de responder dicha interrogante, resulta pertinente remitirnos a un importante informe realizado por la Defensoría del Pueblo respecto a dicho tema.

Para que un acto califique como discriminatorio deben concurrir tres elementos:

a. Un trato diferenciado o desigual

Todo acto discriminatorio tiene como punto de partida la existencia de un trato diferenciado o desigual hacia una persona o grupo de personas. En efecto, la discriminación parte de una distinción, exclusión o restricción de los derechos de determinados individuos.

(...)

b. Un motivo o razón prohibida

(...) no se proscribe la distinción, restricción, exclusión o preferencia por sí sola, sino en tanto que estas conductas estén basadas en un motivo o razón prohibida por el derecho.

Dichos motivos pueden estar basados en:

(i) las características de las personas, independientemente de su voluntad: raza, origen, sexo, identidad étnica o cultural, idioma, discapacidad, enfermedad, apariencia física, condición económica, condición social.

(ii) las posiciones asumidas voluntariamente por las personas en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad: religión, opinión, filiación política, filiación sindical, orientación u opción sexual, indumentaria.

Los motivos antes mencionados no constituyen una lista cerrada de criterios prohibidos.

c. Un objetivo o un resultado

El trato diferenciado o desigual basado en un motivo prohibido tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho.

(...)¹³⁴

Respecto al punto a., en los párrafos anteriores hemos dejado manifiesto que no existe una igualdad plena, pues es totalmente admisible y válido el trato diferenciado con el fin de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En el caso concreto, los CAS conforman un grupo de personas excluidos y restringidos de derechos, si se pretendiera establecer que pertenecen a un grupo social distinto al resto sería totalmente inaceptable puesto que un servidor que se rige bajo un CAS es un personal que al ser contratado realiza idénticas labores que

¹³⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*, Documento Defensorial N° 2, Lima, 2007, págs. 30-32.

uno contratado bajo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Entonces porque el trato desigual hacia aquellos que se encuentran en similar condición.

En cuanto al punto b. existen casos en que no todo trato diferenciado es sinónimo de discriminación pero si ese trato desigual se encuentra prohibido por el derecho entonces si estaríamos incurriendo en un acto discriminatorio.

En comparación con el presente trabajo, las razones que tiene el Estado para persistir hasta ahora con este tipo de contratación tiene motivos excluyentes y restrictivos de derechos toda vez que vulnera el derecho a la igualdad tratándose de personas o grupos de labores idénticos.

Es determinante lo señalado en el punto c. al considerar que un trato diferenciado con razones injustificadas conlleva a la vulneración de derechos, toda vez que no se reconocen los derechos de igualdad y el de igualdad de oportunidades.

En materia laboral, la eliminación de la discriminación en el empleo y ocupación ha sido reafirmada como principio inherente a toda política de la OIT, a través de la adopción en 1998 de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento¹³⁵.

A nuestro entender el acto discriminatorio no depende del tipo de sociedad en la que nos encontremos, pues hasta sociedades más civilizadas y desarrolladas han causado menoscabo hacia sus semejantes sin tomar en cuenta el respeto y los derechos que se le asisten.

Si bien tal acto puede manifestarse debido a los fundamentos antes mencionados, es importante resaltar que tal hecho también se encuentra presente en el ámbito laboral y esto es *“cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución”*¹³⁶.

Por ejemplo, la coexistencia de distintos regímenes laborales en el sector público, donde cada régimen se aplica según la discrecionalidad de la entidad, donde uno u

¹³⁵ DECLARACIÓN DE LA OIT RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>

¹³⁶ STC: 008-2005-PI/TC. F.J. 23

otro régimen es más beneficioso que otro, produciéndose así, un tratamiento desigual a los trabajadores que realizan similares labores pero con reducidos beneficios laborales, promoviendo la desigualdad y discriminación de trato en el ámbito laboral.

En conclusión, estaremos frente a un acto discriminatorio cuando esa desigualdad de trato se produzca sin que medie justificación alguna y basándose en aspectos subjetivos de la persona.

3.3.4.2 Clasificación:

Para efectos del presente trabajo trataremos 02 modalidades de discriminación en materia laboral, las cuales detallaremos a continuación:

a. Directa:

La doctrina lo define:

“como el tratamiento diferenciado a una persona con base en un motivo prohibido (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc.) o una consecuencia derivada de este”¹³⁷.

Por ejemplo, la publicación sobre un puesto de trabajo únicamente para aquellas mujeres que acrediten ser solteras y de origen caucásico. Ello, en definitiva, deviene en arbitrario, puesto que no se puede obstaculizar la vacante a un puesto de trabajo por la situación jurídica en la que se encuentre la persona, puesto que si estuviera casada estaría impedida de postular a aquella plaza laboral. Asimismo, no puede limitarse la contratación solo a aquellas personas de raza blanca y abstener de postular a los de color para un puesto laboral.

Asimismo, tenemos los casos de negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por la condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales o el ejercicio de su derecho a huelga.

¹³⁷ RODRIGUEZ GARCIA, Fernando. La discriminación en las relaciones de trabajo, en Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica, año 2, Nº 18, junio, 2009, pág. 6.

Tales hechos devienen en arbitrario, pues la diferenciación se basa no en un motivo justificado sino en base a un motivo prohibido y desproporcional.

b. Indirecta:

La doctrina señala que un acto de discriminación indirecta es cuando:

“la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores”¹³⁸.

De dicho concepto, tenemos como ejemplo, las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores¹³⁹.

Acotando a lo mencionado en el ejemplo anterior, si el empleador convoca a cubrir una plaza laboral para el puesto de abogado de oficio en el Ministerio de Trabajo, pero adicional a ello, solicita que el postulante acredite cursos de creación de páginas web o programador en power builder (lenguaje de programación), a primera vista diríamos que lo solicitado por el empleador no guarda relación con la plaza laboral, por obvias razones.

3.4 Comparación entre los trabajadores contratados bajo distintos regímenes laborales en el sector público:

En términos generales el régimen laboral se encuentra reglamentado a través del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Fomento del Empleo, cuyo contrato laboral realizado entre trabajador y empleador implica una serie de beneficios que otorga la norma.

En ese sentido, todo trabajador contratado al amparo del decreto acotado, hace referencia a que éste se encuentra prestando servicios bajo el régimen laboral de la actividad privada, es decir es un trabajador perteneciente al sector privado.

¹³⁸ STC: 008-2005-PI/TC. F.J. 23

¹³⁹ Loc. Cit.

Por otro lado tenemos el régimen laboral de la actividad pública reglamentado a través del Decreto Legislativo N° 276 – Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público, cuyo contrato laboral realizado entre la entidad empleadora y el trabajador implica no solo una serie de beneficios distintas a la del régimen de la actividad privada, sino también el derecho a la estabilidad laboral de un trabajador contratado bajo este régimen, acto que pese a estar determinado en el régimen de la actividad privada no se cumple a cabalidad.

Si bien puede parecer que todo trabajador perteneciente a una entidad pública, que labora para la misma, como es el Poder Judicial o el Ministerio Público por ejemplo, y en consecuencia que todo trabajador perteneciente a dicha entidad se encuentra contratado bajo este régimen; ello en la práctica resulta disímil, pues el Estado a través de sus diversas entidades como los ya mencionados líneas atrás contratan a su vez bajo contratos laborales reglamentados para el régimen de la actividad privada y además sícnicamente bajo los famoso contratos administrativos servicios.

En efecto, el Estado tiene ciertas prerrogativas, como es el de poder contratar bajo tres regímenes distintos. Nuestro desacuerdo se basa en que si ya existe en la actividad pública dos tipos de contratación, ¿porque no ampararse y contratar solo bajo estos dos tipos de contratos?, porque debe el Estado optar por contratar bajo el cuestionado contrato administrativo de servicios, si bien se sabe que es un contrato discriminatorio y violatorio de derechos.

Por último, tenemos el “régimen especial laboral”¹⁴⁰ denominado así a raíz del pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, dicho régimen se encuentra reglamentado a través del Decreto Legislativo N° 1057 – Ley que regula el régimen de la contratación administrativa de servicios.

Pese a estar reglamentado y ser un tipo de contratación “constitucional”, nosotros discrepamos de tal decisión pues como ya se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, estos contratos tratan de manera desigual a quienes deberían ser tratados en igual proporción al grupo de trabajadores contratados bajo los dos regímenes tratados anteriormente.

Para efectos de comprender de manera didáctica lo mencionados en este punto, presentamos el siguiente cuadro, cuya presentación nos muestra las diferencias en

¹⁴⁰ STC: 00002-2010-AI/TC. FJ. 43

cuanto a derechos, beneficios laborales y desventajas otorgadas por cada uno de los regímenes señalados y existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

<p>Ley de Fomento del Empleo¹⁴¹: Contratos Laborales</p>	<p>Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público¹⁴²</p>	<p>Contrato administrativo de servicios¹⁴³</p>
<p>Regulado por el Decreto Legislativo N° 728. Se rige bajo la legislación laboral, los Convenios de la OIT y su reglamento - D.S. N° 003-97-TR</p>	<p>Regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su reglamento - D.S. N° 005-90-PCM.</p>	<p>Regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento - D.S. N° 075-2008-PCM.</p>
<p>Generalmente son contratos a plazo fijo o determinado. También pueden ser de plazo indeterminado.</p>	<p>Gozan de protección contra el cese o separación del cargo de forma arbitraria, puesto que son trabajadores con derecho a la estabilidad indeterminada.</p>	<p>Son contratos de plazo determinado. Permite prórroga, ésta no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo.</p>
<p>El contratado realiza servicios de manera personal, no se puede delegar funciones.</p>	<p>El servidor público presta servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.</p>	<p>La prestación de servicios se desarrolla de manera no autónoma en los locales o centros de trabajo de la entidad.</p>
<p>Contiene uno de los principales elementos de un contrato laboral: la subordinación y dependencia, por lo que el empleador dirige, ordena, supervisa las tareas y aplica sanciones</p>	<p>Contiene el elemento subordinación, pues presta servicios de manera permanente y con jornada legal en la Entidad.</p>	<p>Aunque se pretenda ocultar el elemento de la subordinación y dependencia. Se denota al establecer la vinculación de manera no autónoma. Asimismo, el empleador como tal da órdenes, supervisa y aplica sanciones.</p>

¹⁴¹ DECRETO LEGISLATIVO N° 728 – LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO.

¹⁴² DECRETO LEGISLATIVO N° 276 - PROMULGAN LA LEY DE BASES DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.

¹⁴³DECRETO LEGISLATIVO N° 1057 – RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS.

La contraprestación se denomina remuneración y es de naturaleza periódica; debe ser pagada a través de planillas.	La contraprestación se denomina compensación económica adecuada dentro de un Sistema Único de Remuneraciones.	La contraprestación mensual por servicios CAS no puede ser menor al monto de la remuneración mínima vital
El empleador otorga los todos los beneficios y derechos laborales establecidos por la norma correspondiente.	Establece una remuneración especial, beneficios y asignaciones complementarias.	Confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057.
Generalmente la jornada laboral corresponde a 48 horas semanales. No obstante existen jornadas especiales según el tipo de contrato laboral.	Prestación de servicios correspondiente a la jornada legal.	El desempeño de las funciones no podrá exceder de un máximo 48 horas semanales.
Estos contratos son aplicables para Entidades Públicas y privadas.	Estos contratos son aplicables para Entidades Públicas.	Estos contratos son aplicables para Entidades Públicas.

3.5 Vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores del régimen CAS:

3.5.1 Derecho al trabajo a la luz del Principio de Primacía de la Realidad:

Este principio ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos sobre la materia. Entre ellos destaca, la referencia sobre el contenido del principio a la primacía de la realidad, sobre el cual el colegiado ha expresado 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 hechos¹⁴⁴”.

De ello se desprende que tal principio se aplica con preferencia a los hechos o circunstancias en la que se lleva a cabo la actividad del trabajador sin importar lo

¹⁴⁴ STC N° 1944-2002.FJ. 3

señalado en los documentos, como puede darse el caso de una persona que se encuentre prestando servicios en una empresa bajo un contrato de locación de servicios cuando en realidad se encuentra cumpliendo labores permanentes, de manera subordinada y percibiendo una remuneración mensual.

De lo expuesto por el máximo intérprete de la Constitución, existen referencias sobre la materia. Esto se puede corroborar en el dicho de Neves Mujica sobre el principio de primacía de la realidad, en el cual se refiere que:

“el juez debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido. Este es el efecto derivado de tal situación, aun cuando en ocasiones el trabajador participe del engaño y se beneficie de él”¹⁴⁵.

Entendida esta situación y en aplicación a este principio, no importa lo que las partes acuerden libremente puesto que aquí no se considera la autonomía de voluntad como factor determinante, por el que se permita al trabajador renunciar a sus derechos laborales. Por ejemplo, retomando el caso anterior, si ambas partes, tanto el trabajador y el empleador celebran un contrato de locación de servicios, pero se obliga al trabajador laborar de manera permanente, bajo un horario, de manera personal y mediante remuneración, evidentemente lo que va prevalecer en el caso concreto no es bajo qué tipo de contrato se encuentre esta persona sino las actividades que realiza en la práctica.

Asimismo, Pla Rodríguez citado por Jorge Toyama, refiere que:

“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”¹⁴⁶.

De ello se desprende que ante dos circunstancias, sean las razones por la que una persona se encuentra laborando sin un contrato de trabajo o emitiendo recibos por honorarios pero que la actividad que realiza cumple con los elementos necesarios para configurar una relación laboral, sin lugar a dudas se da preferencia a lo que sucede en el campo laboral antes que los documentos, recibos por honorarios o la ausencia de un contrato de trabajo.

¹⁴⁵ NEVES MUJICA, Javier. Óp. Cit. p. 43

¹⁴⁶TOYAMA MIYAGUSUKO, Jorge. “El principio de Primacía de la Realidad...Entre la subordinación y la autonomía”. Disponible en:<http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/el-principio-de-primacia-de-la-realidad.html>. Revisado el 31-05-2011

3.5.2 Derecho a la dignidad humana:

El ser humano por su condición es susceptible de derechos, entre ellos el de la dignidad humana por lo que su respeto y protección no está sujeto a cuestionamiento ni a norma escrita, pues constituye un derecho innato.

“Después de la segunda guerra mundial, se constitucionalizó el derecho a la dignidad del hombre en diversos países de Europa y América, paralelo a la redacción y suscripción de un conjunto de instrumentos internacionales con el mismo propósito: que tenga vigencia el orden ético y jurídico que propicie el más amplio goce de y disfruto, por parte de la persona, de sus derechos fundamentales.

(...)

La dignidad de la persona como derecho fundamental, se trata de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Constituyendo un principio general de Derecho”¹⁴⁷.

En efecto, toda persona tiene derecho a ser tratado dignamente, el problema surge cuando nuestro ordenamiento jurídico no toma en cuenta ese derecho, tal es el caso de la aplicación de los contratos administrativos de servicios y su coexistencia paralela con otros regímenes que si otorgan derechos laborales.

A partir de la entrada en vigencia del régimen CAS es que la dignidad del hombre se ha visto soslayada sin que se tome cartas en el asunto, manifestándose en la vulneración y menoscabo de derechos laborales al tratarse de manera discriminatoria, otorgándoles mayores beneficios a otros que se encuentran en la misma circunstancia, afectando al trabajador no solo económicamente sino también psicológicamente.

En ese sentido, el ser humano percibe que el respeto y reconocimiento a la dignidad de la persona como trabajador se ve desprotegida por el Estado como empleador y como principal garante de derechos.

3.5.3 Derecho a la igualdad y no discriminación:

Si bien se ha señalado en más de una ocasión que la ley es igual para todos, hoy en día esa noción de igualdad a quedado de lado, pues ya *“no se trata de una paridad*

¹⁴⁷ SARMIENTO NAVARRO, Fausto Jorge. Los Derechos Fundamentales en la relación laboral en libro de Derechos Humanos de la Escuela Universitaria de Post-grado. Universidad Federico Villarreal. Hecho en el depósito legal de la Biblioteca Nacional. Lima-2009, pag.165

*absoluta en el trato. Puede justificarse un tratamiento diverso entre ciudadanos que estén en una situación desigual, con diferencias muy significativas*¹⁴⁸.

Bajo esa perspectiva, si bien se dan situaciones en que se trata de manera igual a los iguales y desigual a los desiguales, existiendo por ende una proporcionalidad y equidad aparente, debemos discrepar respecto a la aplicación de los contratos administrativos de servicios, pues esta no se cumple, en el sentido que se discrimina abierta y legalmente tal hecho, donde solo los afectados pueden sentir día a día su malestar, por el solo hecho de pertenecer a otro régimen especial laboral distinto que trata de manera diferenciada sin sustento alguno.

Es inconcebible que un documento o contrato nos haga diferente frente al resto, que un contrato menoscabe nuestros derechos y lo peor de todo es que esta situación aunque prohibida es permitida por nosotros mismos, como es evidente la falta de empleo obliga que a veces olvidemos que tenemos derechos, que dejemos pasar por alto que no interesa que vulneren nuestros derechos mientras tengamos un trabajo.

La situación económica y el difícil acceso a un puesto laboral ya no permiten cuestionar hoy en día bajo qué clase de contrato nos vamos a regir o bajo que condiciones vamos a laborar.

La precariedad en el ámbito laboral ha sido cada vez peor durante estos últimos cuatro años, a pesar de los constantes reclamos y demandas por parte de los más afectados, no se ha podido lograr la unificación de la norma por algún régimen ya existente, consagrándose legalmente como una nueva modalidad de contratación que otorga reducidos derechos laborales.

3.6 Propuestas para inaplicar los contratos administrativos de servicios:

3.6.1 Control difuso de Convencionalidad del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento:

¹⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 168

El control difuso de convencionalidad *“es una figura similar al control difuso de constitucionalidad. En ambos casos se persigue el control de una norma con el parámetro de otra norma”*¹⁴⁹.

El II párrafo del artículo 138 de la Constitución hace referencia al Control Difuso de Constitucionalidad, al señalar que *“se prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*¹⁵⁰. Entonces, no pudo acaso el Tribunal Constitucional administrar justicia aplicando control difuso, en el sentido que podía haber inaplicado una ley si contravenía la Constitución para un caso concreto, es decir de poder inaplicar el Decreto Legislativo N° 1057, norma de menor jerarquía por cierto, que como todos sabemos es una norma vulneradora de derechos. Sin embargo, ello no se sustentó adecuadamente.

Por otro lado, *“en el control de la convencionalidad, la norma parámetro es un tratado internacional de derechos humanos y la norma de evaluación puede ser cualquier norma del ordenamiento interno, incluida la propia Constitución del país”*¹⁵¹. En principio dicho control lo ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵², pues hace omisión de las normas internas de un Estado así se trate de normas constitucionales, ya que para mejor resolución, resalta la aplicación de los Convenios Internacionales. Sin embargo, los jueces nacionales y el Tribunal Constitucional tienen el deber de observar los convenios sobre Derechos Humanos tomando en cuenta los criterios al momento de tomar decisiones sobre temas o afectación de Derechos Humanos, tal como el Derecho al trabajo como derecho humano social. En ese sentido, lo que pretendemos es que si ello se ha podido llevar a cabo en otros casos sucedidos en el Perú, porque no aplicar una especie de control de convencionalidad y así poder inaplicar los contratos administrativos de servicios regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, en base a lo señalado por los convenios internacionales como es “La Convención Internacional de Derechos Humanos y el

¹⁴⁹ MEDINA OTAZU, Augusto. El control difuso de convencionalidad: A propósito de la sentencia de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097, en Gaceta Constitucional N° 40, abril, 2011, pág. 44

¹⁵⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU. Artículo 138: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

¹⁵¹ Óp. Cit. MEDINA OTAZU, Augusto, pág. 45

¹⁵² Vladimir Chorny y Paulina Barrera en programa Última Instancia. "El Control de Convencionalidad. Entrevista con el Dr. Sergio García Ramírez, Universidad externado de Colombia, Bogotá, Año 2011. Disponible en: <http://blawggersinternacionales.blogspot.com/2011/10/el-control-de-convencionalidad.html>. Revisado el 08 de diciembre del 2011.

Pacto de San José de Costa Rica”. Instrumentos internacionales a los cuales el Perú está adscrito.

Después de haber precisado el tema de Control de Convencionalidad, es necesaria su aplicación al caso concreto, en especial a la problemática sobre la aplicación y vigencia del régimen de la contratación administrativa de servicios, conocido como CAS.

Lo expuesto trae a colación el caso referente a la indebida conversión de los contratos laborales de suplencia al régimen CAS, y es que en la realidad y en la práctica los derechos laborales no son tutelados. Una muestra de ello es que, en aplicación de la Ley de Presupuesto del 2011¹⁵³ y desde enero del mismo año, los contratos laborales de suplencia se convirtieron automáticamente en contratos administrativos de servicios, por lo que aproximadamente 500 trabajadores de la Corte Superior de Justicia de Lima se vieron seriamente perjudicados¹⁵⁴.

Tal hecho provocó la protesta e indignación de un gran número de servidores públicos. Un hecho que debemos resaltar es que los trabajadores al ser contratados bajo el régimen -CAS-, vieron una disminución y pérdida de sus derechos laborales, originando así un menoscabo a tales derechos.

No cabe duda que el tema en cuestión afectó muchos sectores, entre ellos al Poder Judicial, tal es así, que en un pronunciamiento emitido el 31 de enero del 2011, los Jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima mostraron su preocupación por la situación de aquellos trabajadores que venían laborando bajo la modalidad de un contrato de suplencia¹⁵⁵.

Por tales consideraciones, podemos afirmar que la aplicación de la Ley Presupuestaria y la vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, han propiciado una indebida conversión de los contratos laborales -contrato de suplencia- al régimen CAS. Sin embargo, tenemos el respaldo de las Leyes y principios expresados en la

¹⁵³ Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2011. Ley N° 29626. Artículo 9.1. literal d, segundo párrafo.- Queda prohibido el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes: (...) En el caso de la suplencia de personal, la contratación de personal se sujeta al Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, quedando dichos contratos resueltos automáticamente cuando el personal materia de suplencia retoma sus labores.

¹⁵⁴ “Judiciales paralizan 24 horas”. Disponible en: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/Actualidad/judiciales-paralizan-24-horas_78953.html. Revisado el 19 de mayo del 2011.

¹⁵⁵ <http://historico.pj.gob.pe/cortesuperior/Lima/documentos/Pronunciamiento.pdf>. Revisado el 19-05-11

Constitución, así como instrumentos internacionales que amparan el tema materia de investigación, aunado a ello, tenemos además la posibilidad de invocar el control de convencionalidad como sustento y como mecanismo de protección a esta problemática.

Esta problemática es solo una consecuencia más de la vigencia del régimen CAS en nuestro ordenamiento jurídico, pues no solo aplica la ley de manera inmediata sino que lo hace retroactivamente vulnerando derechos, en el sentido que aquellos trabajadores que ya se encontraban bajo un contrato laboral pasaron a formar parte del régimen CAS.

Consideramos que una efectiva aplicación de instrumentos internacionales basándose en la institución de control de convencionalidad podía haber logrado mejoras en el ámbito laboral con la inaplicación de la norma en cuestión.

Lo dicho se ampara en los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el cual ha expresado que:

“(...) los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁵⁶. (Subrayado nuestro)

De lo expuesto se desprende que no solo los jueces nacionales sino también el Tribunal Constitucional deben aplicar necesariamente el control de convencionalidad, de manera que al momento de administrar justicia o tomar una decisión respecto de la defensa o vulneración de derechos laborales, las consideraciones expuestas por el órgano judicial deben ser compatibles con los convenios sobre Derechos Humanos, lo cual y al parecer no se ha aplicado o tomado en cuenta cuando el Tribunal

¹⁵⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile del 26 de setiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento 124. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

constitucional declaró constitucional el Decreto Legislativo N° 1057. (STC: EXP 00002-2010-PI/TC).

Asimismo, es importante señalar que si el afectado no invoca la aplicación del control difuso de convencionalidad, ello no quiere decir que esta no sea aplicada, pues también los jueces nacionales lo pueden aplicar de oficio.

Lo referido se sustenta en lo expresado por los jueces supranacionales mediante sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (...)”¹⁵⁷.

Por las razones expuestas y la mención oportuna de los mecanismos que permiten una salida legal frente al problema de la indebida conversión de los contratos de suplencia, consideramos que el máximo intérprete de la Constitución, debería necesariamente derogar el Decreto Legislativo N° 1057, en aplicación además de una especie de control de convencionalidad compatibles a los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, compatibles con nuestra realidad social y más importante aun con la actual y crítica situación en el ámbito laboral, pues sin la presencia de esta norma en nuestro ordenamiento jurídico, se erradicaría el menoscabo a los derechos laborales y no habría problema alguno con la aplicación de la norma presupuestaria.

3.6.2 ¿Test de Proporcionalidad?

“(...). Se trata de una pauta metodológica que aplica nuestro supremo intérprete”¹⁵⁸.

Puesto que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha debido recurrir a dicho test a efecto de determinar si existe un trato discriminatorio o desigual de

¹⁵⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú del 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento 128. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

¹⁵⁸ SILVESTRE CORTEZ, José Luis. El test de Proporcionalidad en Diplomado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional – Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Disponible en: http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/principio_proporcionalidad.pdf. Revisado el 08 de diciembre de 2011.

derechos, así como de la limitación de derechos fundamentales o la afectación de los mismos.

3.6.2.1 Pasos a seguir para verificar si una diferenciación es válida o si deviene en discriminatoria:

A efectos de determinar un trato discriminatorio, el Tribunal Constitucional ha desarrollado a través de la jurisprudencia procedimientos que permitan verificar tal situación, a continuación se expone literalmente lo expresado por el supremo intérprete:

“(...)

1. Primer paso: Verificación de la diferencia normativa:

En esta etapa, debe analizarse si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente del supuesto de hecho que sirve de término de comparación (*tertium comparationis*). De resultar *igual*, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar de modo diferente a dos supuesto de hecho similares. De resultar *diferente*, entonces debe proseguirse con los siguientes pasos del test.

2. Segundo Paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad, que puede dividirse en distintos grados:

a) Intensidad grave.- Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

b) Intensidad media.- Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Intensidad leve.- cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

3. Tercer Paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación:

La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto debe ser apreciada en relación con la finalidad constitucional de la medida legal adoptada sobre determinada materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa que establece un trato diferente a supuestos de hecho diferentes no contiene un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde dar el siguiente paso.

Sub-principios:

4. Cuarto Paso: Examen de idoneidad

Este paso exige que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el fin legítimo que se trata de proteger. En otras palabras, se evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el Legislador. Por el contrario, si se verifica que la medida adoptada por el Legislador no guarda ninguna relación con el fin que trata de proteger, esta limitación resultará inconstitucional.

5. Quinto Paso: Examen de necesidad

En esta etapa, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por el Legislador que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad. Se comparan dos medios idóneos, el optado por el Legislador y el hipotético alternativo.

6. Sexto Paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación:

De acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de *ponderación*, para que una intromisión en un derecho fundamental

sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental”¹⁵⁹.

3.6.2.2 Aplicación del Test de Proporcionalidad al Decreto legislativo Nº 1057: Norma que regula el Régimen Especial Laboral de los Contratos Administrativos de Servicios – CAS:

Después de haber señalado los pasos a seguir a efectos de determinar y saber si un derecho es tratado de manera discriminatoria frente a otro o si se ha producido la afectación a un derecho fundamental, determinaremos si los contratos administrativos de servicios, regulado por el Decreto Legislativo Nº 1057, vulneran el derecho al trabajo materializado en los principios de igualdad de oportunidades laborales y de progresividad laboral, de los trabajadores contratados bajo este régimen, es decir de los trabajadores del sector público.

Primer paso: La existencia de una norma diferenciadora:

En el presente caso los contratos administrativos de servicios otorgan un trato diferenciado en cuanto a derechos y beneficios se refiere, pues otorga reducidos beneficios laborales a aquellos trabajadores contratados bajo este tipo de contrato, trabajadores que pese a trabajar y/o prestar servicios en diferentes entidades y bajo las mismas obligaciones frente a otros trabajadores que se encuentran contratados bajo el régimen de la actividad privada son tratados de manera desigual injustamente, creando un clima de inestabilidad, impotencia e indignación, toda vez que éstos ni reciben gratificaciones, CTS ni los 30 días de descanso correspondiente a todo trabajador por ley.

En efecto estamos frente a dos supuestos distintos, puesto que se ha establecido a través de esta norma una diferenciación entre trabajadores contratados bajo el regímenes de la contratación administrativa de servicios y otros trabajadores contratados bajo otro régimen laboral público pero vulneradora de derechos, toda vez que éstos prestan servicios bajo las mismas circunstancias y condiciones laborales, es decir, trabajan bajo subordinación, de manera personal y se hacen acreedores de una remuneración mensual.

¹⁵⁹ STC: 06089-2006-AA/TC. FJ 45

Frente a ello y luego de haberse constatado la aplicación de una norma discriminatoria y diferenciadora de derechos para dos situaciones iguales, corresponde determinar si dicho trato se justifica.

Segundo Paso: Intensidad de la intervención normativa:

De lo expuesto anteriormente, determinamos que el grado de intensidad de intervención legislativa debe ser calificado como grave, toda vez que la discriminación está basada en la afectación y violación de un derecho fundamental expresado a través de los principios de igualdad de oportunidades laborales y de progresividad laboral, pues trae como consecuencia el impedimento del goce de un derecho fundamental (reducidos beneficios laborales a aquellos trabajadores que realizan las mismas funciones, cumplen un horario de manera personal y perciben una remuneración configurándose así un trabajador bajo un contrato laboral y no administrativo como se pretende establecer).

Tercer Paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación:

Si bien el Estado a través de este tipo de contratación administrativa buscaba equilibrar y otorgar derechos que antes no tenían los trabajadores bajo el denominado servicios no personales, ello no solucionó del todo la situación irregular en la que se vive actualmente en el sector público.

Entonces, cual fue realmente la razón para crearse dicha norma si se sabe desde su vigencia que vulnera derechos y principios consagrados en nuestra carta magna. Para ello el legislador en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1057, se sustenta en “ i) permitir el acceso a la seguridad social, tanto en materia asistencial como pensionaria.

En efecto, con ello se tendrá no solo protección en materia de enfermedad, accidentes, etc., sino derecho a licencias y, en el largo plazo, prestaciones por invalidez, vejez y sobrevivientes, ii) reconocer derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales pertinentes; y iii) dotar de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Análisis y perspectivas del contrato administrativo de servicios en el Perú. A casi dos años de vigencia. Disponible en: <http://www.gestiopolis.com/economia-2/perspectivas-contrato-administrativo-servicios-peru.htm>

Creemos que relativamente se mejoró la situación de los trabajadores bajo los servicios no personales, respecto a la necesidad de otorgar derechos a todos los trabajadores. No obstante, creemos que lo fundamental e importante aquí es porque el Estado diseñó esta norma diferenciadora, es por la disponibilidad presupuestaria con la que cuenta el Estado cada año.

En ese sentido, de lo expuesto habría que determinarse si resultó legítima la decisión de los legisladores para la creación y consecuentemente la aplicación de esta norma, de lo señalado en la exposición de motivos de la norma en cuestión, creemos que sí es legítima; sin embargo, pese a la nivelación y equilibrio que se pretendía con la aplicación de esta norma hacia aquellos trabajadores desamparados y sin beneficio alguno y siguiendo la disponibilidad del presupuesto del Estado, de ello aun se percibe la afectación al principio de igualdad, lo que se acreditará al concluir los siguientes pasos.

Sub-principios:

4. Cuarto Paso: Examen de idoneidad

En efecto, la aplicación de los contratos administrativos de servicio, busca otorgar derechos a quienes no lo tenían, en ese sentido, la norma en cuestión resulta congruente con el fin que se trataba de proteger, como es el de amparar y otorgar derechos fundamentales a los desprotegidos, es decir a los trabajadores bajo el denominado servicios no personales y actuar en concordancia con lo dispuesto por el presupuesto del Estado. En consecuencia, resulta viable dar el siguiente paso.

5. Quinto Paso: Examen de necesidad

Pese a que se buscaba proporcionarle derechos fundamentales a través de contratos que supuestamente cubran todos los derechos correspondientes a cada trabajador, ello no resultó ser una solución eficaz, porque se denota claramente el trato desigual frente a otros trabajadores. En efecto el estado frente a un estudio previo de economía presupuestaria pudo haber llegado a soluciones adecuadas sin necesidad de vulnerar derechos fundamentales.

Indudablemente, “los objetivos del Estado pueden lograrse perfectamente mediante el establecimiento de un régimen ordenado de ingreso de los trabajadores al servicio del Estado, (...) y en función a las disponibilidades presupuestarias del Estado. (EXP. N° 719-2010-BE (S), FJ 23).

Coincidimos con ello, pues a efectos de no desequilibrar el presupuesto del Estado, respecto al pago de nuevos trabajadores al régimen de la actividad privada, creemos que dicha contratación debe realizarse de manera proporcional, evitando el ingreso masivo de trabajadores y así impedir enormes cifras destinadas a entidades estatales que puedan perjudicar el tesoro público.

En conclusión, es factible la utilización de otros medios alternativos y lograr el objetivo que se busca, sin tener que afectar o vulnerar derechos fundamentales como es el derecho al trabajo expresado en los principios de igualdad de oportunidades laborales y progresividad en material laboral.

En ese sentido, al no haberse superado este paso, dicha norma que regula la contratación administrativa de servicios vulnera el derecho a la igualdad (de oportunidades laborales de estos trabajadores), por ello, no resulta viable seguir con el siguiente paso, pues desde ya se ha determinado el trato desigual y discriminatorio de derechos laborales.

3.7 Derogación de los Contratos Administrativos de Servicios de la legislación peruana:

3.7.1 Extinción paulatina de los CAS:

El 15 de marzo del presente año, el Pleno del Congreso dio un gran paso en materia laboral, pues el suplicio interminable de los trabajadores del sector público parecía llegar a su fin. En efecto, el congreso aprobó por unanimidad el proyecto de Ley, que dispuso la eliminación progresiva de los contratos administrativos de servicios.

Dicho proyecto se concretó el 06 de abril del presente año, con la dación de la Ley N° 29849 – Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales.

Sin embargo, pese a las mejoras y cambios que se vienen dando respecto a los contratos administrativos de servicios, cabe preguntarnos si después de tanto ruego, nuestras plegarias han sido escuchadas, no olvidemos que anteriormente el Estado en su intento por mejorar la situación del personal contratado bajo los denominados servicios no personales, en adelante SNP, creó el régimen de contratación administrativa de servicio, el cual parecía ser la solución a la exagerada vulneración de derechos laborales de estos trabajadores.

No obstante, ello no solucionó del todo la situación irregular de los SNP, pues si bien se les concedió derechos que antes no se les reconocía, ello no era suficiente, pues mantenía hasta hoy en día una diferenciación frente a otros regímenes laborales del sector público.

Es preciso analizar si esta nueva propuesta del Estado realmente mejorará la situación laboral de los contratados bajo el régimen CAS. En mi modesta opinión debo discrepar de la norma en cuestión.

En primer lugar, se ha variado el concepto del contrato administrativo, pues antes constituía una modalidad especial regulada por el Derecho Administrativo ahora constituye una modalidad especial de contratación laboral¹⁶¹, en consecuencia regulada por el Derecho Laboral. En ese sentido si es una forma de contratación laboral, debe ceñirse a las normas de carácter laboral, así como a los derechos que emanan de un contrato laboral.

Si bien el reconocimiento de aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad ha sido una de las principales modificaciones a los CAS, no todo puede ser perfecto, ya que el otorgamiento de dicho beneficio estará supeditado a la disponibilidad presupuestaria de cada entidad y de cada año, pudiendo ser en el mejor de los casos, igual al sueldo percibido, menor a éste o simplemente no beneficiarse del derecho que la propia norma otorga por falta de presupuesto.

¹⁶¹ LEY Nº 29849, LEY QUE ESTABLECE LA ELIMINACIÓN PROGRESIVA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1057 Y OTORGA DERECHOS LABORALES. Artículo 3.- Definición del Contrato Administrativo de Servicios:

El Contrato Administrativo de Servicios constituye una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. El Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio.

La Autoridad Nacional del Servicio Civil reafirma lo señalado y nos explica detalladamente de la siguiente manera:

“El monto es establecido anualmente mediante la ley de presupuesto correspondiente a cada año. Para el presente año la Ley N° 29812 ha fijado el monto por Aguinaldo en S/ 300.00”¹⁶².

Debe precisarse que a falta de presupuesto de entidad contratante, el Tesoro Público no se verá afectado, de manera que ello traería un riesgo a los trabajadores, pues a falta de presupuesto no solo se verán afectados sus beneficios laborales sino que corre el riesgo de ser despedido.

En cuanto a la extinción del contrato, la reciente norma justifica y valida legalmente que el término del contrato concluye ante un despido arbitrario o injustificado. Eso quiere decir que ni por asomo puedo interponer demanda alguna para ejercer mi derecho a la reposición a mi centro de labores por despido arbitrario.

En todo caso, el único derecho que puedo ejercitar es el de una demanda de Indemnización cuyo monto será el equivalente al de tres remuneraciones, por lo que la entidad pública contratante puede fácilmente y sin reparos contratar y despedir, ya que ahora y gracias a la reciente norma éste puede despedir arbitrariamente sin que ya nadie pueda reclamar su derecho laboral de reposición por despido arbitrario.

Entonces qué razones y motivos tuvo la norma para señalar que estamos ante una modalidad especial de contrato laboral, si pese a ello, ni siquiera puede aplicarse el derecho laboral que nos correspondería por la relación laboral que ahora une al trabajador CAS con la entidad contratante.

Por último y no menos importante, la norma señala que la eliminación de los contratos administrativos de servicios, se realizarán de manera gradual, sin embargo, en ninguna de sus disposiciones señala un plazo máximo para trasladar a todos aquellos trabajadores contratados bajo dicho régimen.

¹⁶² http://www.servir.gob.pe/files/PreguntasFrecuentes_CAS_Ley29849.pdf

Al fin y al cabo, ésta ley solo ha aumentado algunos beneficios laborales a los contratados bajo este régimen, que en resumen aun son contratos con reducido derechos laborales.

Si bien la eliminación progresiva es un gran paso a concretizarse la derogación definitiva de los CAS y unificarse el régimen laboral como siempre ha debido de ser, esperamos que esta medida por fin incorpore a miles de trabajadores que se encuentran en esta situación.

3.7.2 Derogación de los CAS:

Diversos anuncios respecto a la derogación de los CAS, despertaron la curiosidad, discrepancia y opinión sobre el tema, sobre que tan cierto serán los rumores que han sido últimamente motivo de cuestionamientos por un lado, alegría por el otro y contradicciones de distintos tratadistas y juristas en materia laboral.

Efectivamente, a raíz de la dación de la Ley N° 29849 – Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, ha resaltado no solo los beneficios laborales señalados en la norma, sino también sus desventajas y atentados a derechos laborales, como la legalidad del despido arbitrario.

Por otro lado, nos preguntamos a que eliminación o derogación se refiere la norma respecto a los CAS, si en la primera disposición complementaria transitoria señala que:

“La eliminación del Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 se produce de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil”.

Es evidente que la eliminación nos es más que una modificación al título de la presente ley, pues los trabajadores contratados bajo un contrato administrativo de servicios ahora pertenecerán al nuevo régimen del Servicio Civil.

El Estado, una vez más se burla de los trabajadores del sector público, abusa no solo de la escasez de empleo en el Perú, sino que también demuestra que como garante y protector de derechos, es el principal vulnerador y pésimo empleador.

Es en ese sentido, que el congresista Yonhy Lescano, ante la disconformidad de las disposiciones señaladas en la presente norma ha decidido presentar una demanda ante el Tribunal Constitucional, con la finalidad de declarar ilegal la Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057, pues pretende que se reformule algunos artículos¹⁶³.

En efecto, la norma no deroga ni elimina de nuestro cuerpo normativo la contratación administrativa de servicios, pues solo prolonga el régimen de desigualdad del trabajador del sector público.

Si bien se debe dar solución al problema de la coexistencia de regímenes laborales en dicho sector, puesto que lo único que hace es discriminar al trabajador, creemos que la derogación previo análisis económico y compromiso presupuestal debe concretarse. No obstante, consideramos que se debe analizar concienzudamente los pros y los contras de la derogación.

No es la intención que el Estado se vea obligado a derogar los CAS, y que posteriormente no pueda cumplir con las obligaciones de dichos contratos ya sea por la falta de presupuesto, pues tampoco se espera que surja un despido masivo como algunos ya han manifestado.

Consideramos que la posición del Estado en mejorar la calidad laboral de los trabajadores CAS, no debe quedar en un imaginario sino que la eliminación progresiva del régimen CAS, debe procurar la progresividad de su eliminación y no su permanencia o prolongación en el tiempo

¹⁶³ http://www.diariolaprimeraperu.com/online/politica/salio-eliminacion-progresiva-del-cas_108790.html

- **Conclusiones:**

El Estado como principal garante de derechos tiene el deber de proteger a sus ciudadanos y como tal tiene la obligación de hacer respetar los derechos de cada uno; sin embargo, quien debería proteger y resguardar derechos es el primero que los vulnera al permitir la vigencia de los contratos administrativos de servicios.

Los principios laborales como directrices que permiten solucionar o llegar a una mejor resolución de un problema, no han sido tomados en cuenta a fondo al momento de tomar decisiones sobre la legalidad o no de esta norma vulneradora y discriminatoria de derechos, como es el cuestionado contrato administrativo de servicios.

Del presente estudio se ha comprobado que los contratos administrativos de servicios contienen los elementos esenciales para ser considerados como un contrato laboral, en consecuencia, la relación existente entre la persona que presta servicios y la entidad pública deviene en una relación laboral y no administrativa.

En la realidad los contratos administrativos de servicios tienen naturaleza laboral, pues en su contenido se presentan los elementos esenciales correspondientes a un contrato laboral y por ende el vínculo con la entidad contratante deviene en una relación laboral, datos importantes que han sido omitidos por el máximo intérprete de la ley.

La entrada en vigencia del régimen CAS otorgó derechos a los trabajadores que se encontraban bajo el régimen de los servicios no personales; sin embargo, ello no ha asegurado en su totalidad derechos laborales ni beneficios que les corresponde.

En algunos países existen regímenes laborales similares al nuestro con la diferencia que aquellos tratan de manera uniforme al personal contratado en el sector público sin que existan diversas modalidades de contratación en el sector público. Por otro lado, existen países que teniendo similar régimen laboral al nuestro han procurado en la medida de lo posible dotar casi de los mismos derechos como aquel que se encuentra bajo una relación laboral.

Los contratos administrativos de servicios vulneran el derecho de igualdad ante la ley, en el sentido que se trata de manera diferenciada a dos grupos de servidores que se encuentran en iguales condiciones de trabajo.

Existe discriminación laboral en los grupos de servidores pertenecientes al régimen de la contratación administrativa de servicios pues son tratados de manera diferenciada al tomar en cuenta criterios subjetivos por pertenecer a un grupo distinto, cuando en la realidad deberían pertenecer al ámbito laboral y no administrativo.

La sentencia que declara la constitucionalidad de los CAS, no se ha pronunciado sobre el fondo respecto al derecho de igualdad ni al principio de proporcionalidad o ponderación de la norma.

La Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, trae consigo beneficios y derechos que ha mejorado la calidad laboral de los servidores; sin embargo, esos derechos son otorgados a medias, puesto que aun no cuenta con una estabilidad laboral.

La norma precedente ha legalizado el despido arbitrario en el sentido que el empleador puede despedir sin causa alguna para lo cual será efectivo el pago de una indemnización correspondiente a tres meses. De manera que ahora se puede despedir cuantas veces lo vea necesario el trabajador pues al Estado solo le costará pagar tres meses de sueldo.

La derogación del cuestionado régimen provocaría una notable disminución económica por lo que la mejor solución sería la eliminación progresiva de la norma. Por lo que se debe tener en cuenta que no hace falta la creación de un nuevo régimen sino la eliminación progresiva de normas vulneradoras de derechos.

- **Recomendaciones:**

Unificar los regímenes laborales existentes y paralelamente eliminar progresivamente los contratos administrativos de servicios.

Aplicar efectivamente los instrumentos internacionales por parte de los magistrados, sobre todo al momento de tomar decisiones respecto a la problemática de los CAS.

Establecer criterios claros sobre la regulación de la norma por lo que aún quedan puntos sin aclarar como el tiempo de duración de la norma que regula la eliminación progresiva, por lo que preocuparía una mayor permanencia de la norma en nuestro ordenamiento.

Aplicar efectivamente las normas de derecho laboral y en especial la Constitución, donde establece el respeto de los derechos laborales y el derecho fundamental del derecho al trabajo.

El respeto de nuestros derechos comienza por nosotros mismos y de hacerlo valer cuando se sienta que los derechos están siendo vulnerados.

Procurar la solución efectiva y más favorable en temas relacionados a los contratos administrativos de servicios.

Informar a la población y al sector que se encuentra bajo este régimen sobre temas relacionados al contrato administrativo de servicios, a fin de crear una cultura laboral que permita posteriormente la defensa de los derechos de cada trabajador.

Procurar un diálogo alturado entre los afectados -trabajadores- y los empleadores - Estado- a fin de encontrar mejores soluciones que permitan tomar decisiones que favorezcan al trabajador.

• **BIBLIOGRAFÍA:**

1. ABANTO REVILLA, César, “La Regulación del Régimen Pensionario en el Contrato Administrativo de Servicios (CAS)” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 153, junio, 2011.
2. ARCE ORTIZ, Elmer. “Estabilidad Laboral y Contratos Especiales”, en Primer Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Perú 2006.
3. BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Ediciones Paidós. España 1993.
4. BOMFIM CASSAR, Vólia. Direito do Trabalho. 5ta. Edição. Editorial Impetus Niteroi J. Brasil. 2011.
5. CAPITAL.CL. *Sistema laboral: como piedra en el zapato*. Edición N° 287, del 22 de octubre al 04 de noviembre de 2010, Chile. [en línea]. Disponible en: <http://www.capital.cl/reportajes-y-entrevistas/sistema-laboral-como-piedra-en-el-zapato-6.html>
6. Casación N° 002144-2005 de la Sala Constitucional y Social Transitoria, Corte Superior de Lima, 29 de Septiembre de 2005 (caso Casación de Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Constitucional Y Social Transitoria N° 002144-2005, de 29 de Septiembre de 2005)
7. Centro de Investigaciones en Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.cidh.es/es/ksdiscriminacion.html>
8. C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C111>
9. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991
10. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU DE 1993
11. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales
12. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC. Jornada Internacional sobre desarrollos en la Administración Pública en América Latina. Bases Constitucionales del Modelo de Función Pública en Colombia. Santiago de Cali, 27-28 de Noviembre de 2008. Disponible en [web: www.hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home.../arc_3892.ppt](http://www.hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home.../arc_3892.ppt)
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de setiembre de 2006. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
15. CUZQUEN CARNERO, Jaime, “Contrato administrativo de servicios no debe vulnerar derechos laborales” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 138, mayo, 2010.

16. DECLARACIÓN DE LA OIT RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>
17. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
18. DECRETO 214/2006 - Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional. [Ley Argentina] Disponible en: http://www.sgp.gov.ar/contenidos/inap/fondo/docs/Decreto_214-2006.pdf
19. DECRETO 424 DE 2001. Por el cual se promulga el “Convenio 151 sobre la protección del derecho de Sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública”.
20. DECRETO 1042 de 1978. Modificado por el Decreto Nacional 1680 de 1991. Sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.
21. DECRETO 1045 de 1978. Reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional. Ley Colombiana.
22. DECRETO LEGISLATIVO N° 276 - Promulgan La Ley De Bases De La Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
23. DECRETO LEGISLATIVO N° 728 – LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO.
24. DECRETO LEGISLATIVO N° 1057 – RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS.
25. DECRETO SUPREMO N° 065-85-PCM - Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales.
26. DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR - TUO DEL D. LEG. N° 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL.
27. Decreto Supremo N° 075-2008 (Modificado por Decreto Supremo N° 65-2011-PCM), Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.
28. DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, Alfonso: Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿Regla o Excepción? Los Principios del Derecho del Trabajo en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Editorial Grijley. Perú.
29. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes, Documento Defensorial N° 2, Lima, 2007.
30. ELIAS MANTERO, Fernando. “El Contrato de Trabajo. Situación actual” en la Revista de Derecho “Vox Juris”, N° 7, Perú 1997.
31. EGAÑA BARAONA, Rodrigo. Despidos y empleo en el sector público, en: Instituto de Asunto Públicos. Universidad de Chile. Disponible en:

<http://www.inap.uchile.cl/columna-de-opinion/654-despidos-y-empleo-en-el-sector-publico.html>

32. “El CAS no reconoce la plenitud de los derechos laborales de los trabajadores”. Disponible en: <http://radio.rpp.com.pe/derechociudadano/el-cas-no-reconoce-la-plenitud-de-los-derechos-laborales-de-los-trabajadores/>. Revisado el 07 de setiembre del 2011.
33. EXP. N° 719-2010-BE (S). FJ. 14, 24 y 30. Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima considera que hay incompatibilidad entre el Decreto Legislativo N° 1057 y la Constitución Política del Estado. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/719-2010-_CAS_control_difuso.pdf. Revisado el 29-mayo-2011
34. FONSECA CASTILLO, Hernán. Prestación de servicios personales en la Administración. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Documentos/SeminarioFortalezas/3panel-Pres1HFonseca.pdf>
35. GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco Alberto: “El contrato administrativo de servicios desde la perspectiva constitucional: implicancias de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057” en Comentarios al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, Juristas Editores. Lima, 2010.
36. GÓMEZ VALDEZ, Francisco. “Derecho del Trabajo 1. Relaciones individuales de Trabajo”. 2da. Edición. Editorial San Marcos. Lima 2007.
37. <http://historico.pj.gob.pe/cortesuperior/Lima/documentos/Pronunciamiento.pdf>.
38. http://www.diariolaprimeraperu.com/online/politica/salio-eliminacion-progresiva-de-l-cas_108790.html
39. http://www.servir.gob.pe/files/PreguntasFrecuentes_CAS_Ley29849.pdf
40. IBÁÑEZ SAN MARTÍN, María Angélica. Estabilidad laboral en el empleo público: balance y proyecciones, en Reforma del Estado y relaciones laborales en el Chile de hoy, pág. 68, [en línea]. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/08480.pdf>
41. Investigación comparada. Situación actual de las Relaciones Laborales en el Sector Público de 9 países de América Latina y América Central. Asimismo, disponible en web: www.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/.../amalia_villarroel.ppt
42. JORGE ROJAS, Gustavo, “El contrato administrativo de servicios en la actualidad” en Suplemento de Análisis Legal de El Peruano, N° 355, mayo 2011.
43. “Judiciales paralizan 24 horas”. Disponible en: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/Actualidad/judiciales-paralizan-24-horas_78953.html. Revisado el 19 de mayo del 2011.
44. Ley 7/2007, de 12 de abril. ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2007-7788

45. Ley N° 18.834. APROBACIÓN ESTATUTO ADMINISTRATIVO. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30210>
46. Ley N° 25.164 - LEY MARCO DE REGULACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO NACIONAL- ARGENTINA
47. Ley N° 26790 – LEY DE MODERNIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.
48. Ley N° 28237 - CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO.
49. Ley N° 29626. Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2011.
50. Ley N° 29849, LEY QUE ESTABLECE LA ELIMINACIÓN PROGRESIVA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1057 Y OTORGA DERECHOS LABORALES.
51. Ley ORGÁNICA 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/pjexaminarlegislacion.html&dkey=11&TableName=PJLEGISLACION>.
52. MARTÍNEZ CARDENAS, Edgar Enrique. RAMÍREZ MORA, Juan Manuel. Régimen del Servidor Público. Bogotá. 2008
53. MEDINA OTAZU, Augusto. El control difuso de convencionalidad: A propósito de la sentencia de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097, en Gaceta Constitucional N° 40, abril, 2011.
54. MTPE detectó 6,017 casos de trabajadores contratados con contratos irregulares. Disponible en: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarNoticias.php?codNoticia=2959>. Revisado el 04 de julio de 2012.
55. NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo”. 1ra edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009.
56. OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1997.
57. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.
58. PAREDES NEYRA, Iván. HIGUCHI MATSUDA, Giuliana. Análisis críticos sobre los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional con ocasión de la prórroga automática del CAS, en Gaceta Constitucional. Gaceta Jurídica. N° 39, marzo, 2011.
59. PEREZ CRESPO, Javier. “Los riesgos de la individualización del Derecho de Trabajo”. [en línea]. Disponible en web: <http://www.tel.org.ar/legales/causlab.pdf>. Revisado el 29 de mayo de 2011.
60. PREGUNTAS FRECUENTES. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS – CAS. Disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/sgp/preguntas-cas.htm>
61. Preguntas Frecuentes sobre la Ley N° 29849, que regula la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057(Contratación Administrativa de Servicios - CAS) y otorga derechos laborales. Disponible en: http://www.servir.gob.pe/files/PreguntasFrecuentes_CAS_Ley29849.pdf

62. Que es el CAS y cuáles son los beneficios que tienen los contratados bajo esta modalidad. Disponible en:
<http://consultoresgubernamentales.blogspot.com/2009/03/que-es-el-cas-y-cuales-son-los.html>. Revisado el 12 de octubre del 2011.
63. QUISPE CHAVEZ, Gustavo. El contrato administrativo de servicios a través de los fallos constitucionales y administrativos. A propósito del primer fallo del Tribunal del Servicio Civil sobre el CAS, en Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica, año 4, N° 09, marzo, 2011.
64. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995. Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponible en:
<http://www.ugt.es/DatoBasico/estatutodelostrabajadoresactualizado.pdf>
65. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM
66. Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01 - Glosario de Términos del Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado.
67. RODRIGUEZ GARCIA, Fernando. La discriminación en las relaciones de trabajo, en Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica, año 2, N° 18, junio, 2009.
68. STC N° 1124-2001-AA/TC. FJ. 12.
69. STC N° 1279-2002-AA, FJ. 2
70. STC N° 1944-2002. FJ. 3.
71. STC N° 2510-2002-AA/TC. FJ. 2.
72. STC N° 0689-2003. FJ. 3.
73. STC N° 0001-2004-AI, FJ. 47
74. STC N° 0606-2004-AA/TC. FJ.09
75. STC N° 0661-2004-AA/TC. FJ. 8.
76. STC N° 0029-2004-AI/TC. FJ. 52.
77. STC N° 0048-2004-PI/TC. FJ. 60-62-63
78. STC N° 0008-2005-PI/TC. FJS. 20-22-23
79. STC N° 6089-2006-AA/TC. FJ 45
80. STC N° 04993-2007-AA/TC. FJ.24.
81. STC N° 05652-2007-AA/TC, FJ.35
82. STC N° 02132-2008-PA/TC. FJ. 17
83. STC N° 00002-2010-AI/TC. FJS. 26-42-43 y 47.

84. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Editorial Lex Nova, 2da. Edición. España 2008.
85. SARMIENTO NAVARRO, Fausto Jorge. Los Derechos Fundamentales en la relación laboral en libro de Derechos Humanos de la Escuela Universitaria de Post-grado. Universidad Federico Villarreal. Hecho en el depósito legal de la Biblioteca Nacional. Lima-2009.
86. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile del 26 de setiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Fundamento 124. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
87. SILVESTRE CORTEZ, José Luis. El test de Proporcionalidad en Diplomado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional – Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Disponible en: http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/principio_proporcionalidad.pdf. Revisado el 08 de diciembre de 2011.
88. TEXTO UNICO ORDENADO DEL D. LEG. Nº 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL.
89. TOLEDO TORIBIO, Omar. “El principio de progresividad y no regresividad en material laboral. [en línea] Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf. Revisado el 29-mayo-2011.
90. TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Análisis y perspectivas del contrato administrativo de servicios en el Perú. A casi dos años de vigencia. Disponible en: <http://www.gestiopolis.com/economia-2/perspectivas-contrato-administrativo-servicios-peru.htm>
91. TOYAMA MIYAGUSUKO, Jorge. “Los Contratos de Trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral”. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. 2008,
92. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derecho Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: “Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Jurisprudencia Constitucional”. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Nacional 2006.
93. TOYAMA MIYAGUSUKO, Jorge. “El principio de Primacía de la Realidad...Entre la subordinación y la autonomía”. Disponible en: <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/el-principio-de-primacia-de-la-realidad.html>. Revisado el 31-05-2011
94. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral. Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
95. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derecho Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: “Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Jurisprudencia Constitucional”. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Nacional 2006.
96. URVIOLA MONTESINOS, Luis H. Inminente despido arbitrario de los servidores por Contrato Administrativo de Servicios – CAS. Recuperado de:

<http://www.losandes.com.pe/Politica/20090719/24668.html>. Revisado el 26 de setiembre del 2011.

97. Vladimir Chorny y Paulina Barrera en programa Última Instancia. "El Control de Convencionalidad. Entrevista con el Dr. Sergio García Ramírez, Universidad externado de Colombia, Bogotá, Año 2011. Disponible en: <http://blawggersinternacionales.blogspot.com/2011/10/el-control-de-convencionalidad.html>. Revisado el 08 de diciembre del 2011.

98. www.rae.es