

ESTADO ACTUAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

UNA REVISIÓN A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 00014- 2012-PI/TC

Oxal Víctor Ávalos Jara^(*)

1. Hitos importantes en el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios

El 28 de junio de 2008 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. Ya desde antes de publicación y más aún con su entrada en vigencia, dicha norma generó mucha controversia, pues bajo el alegato de que buscaba formalizar a un gran colectivo de personas que le prestaba servicios subordinados al Estado, se creó un régimen laboral (aunque en principio fue negado) paralelo a los ya existentes, estableciéndose menores derechos para personas que prestaban un mismo o similar servicio que los pertenecientes a los otros regímenes.

En efecto, sin perjuicio de los regímenes laborales especiales, al Régimen Laboral de la Actividad Pública¹ y al Régimen Laboral de la Actividad Privada², se sumó el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, agudizándose desde ese momento mayores diferencias entre quienes le prestan servicios al Estado.

El objetivo de la implementación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios fue benévolo, pues buscaba “formalizar” a todas aquellas personas que le prestaban servicios subordinados al Estado en mérito a los denominados “contratos de servicios no personales” o sencillamente mediante contratos de locación de servicios. Se trataba de conceder algunos derechos³ y con ello menguar la precaria situación en donde el Estado se constituía en el principal vulnerador de los derechos laborales.

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho laboral, procesal laboral y Derecho empresarial. Con estudios completos de maestría con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asesor del Despacho Ministerial en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Laboral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Árbitro perteneciente al Registro Nacional de Árbitros del Sector Privado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Autor de diversos libros y artículos sobre la especialidad.

¹ Regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, así como otras normas complementarias y suplementarias.

² Regulado por el Decreto Legislativo N° 728 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, así como otras normas complementarias y suplementarias.

³ Estos derechos eran:

- Una jornada con un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.
- Un descanso de veinticuatro (24) horas continuas por semana.
- Un descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido.
- La afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud.

Sin embargo, esta idea benevolente en la práctica no era tal, pues no solo creaba un régimen que calificaba a los “trabajadores” como de segunda categoría, sino que inicialmente hacía que estos “trabajadores” no pudiesen ejercer libremente algunos de sus derechos fundamentales. Así, por ejemplo, no era posible invocar los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad de oportunidades sin discriminación, a la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, entre otros.

Y en este caótico escenario, el Tribunal Constitucional juega un rol importante, no por virtuoso de sus pronunciamientos, sino porque convalida muchos de los aspectos erráticos contenidos en el Decreto Legislativo N° 1057. Efectivamente, a continuación detallamos las sentencias y resoluciones más relevantes:

- **Expediente N° 00002-2010-PI/TC:** esta sentencia constituye una de las más importantes, por resuelva la supuesta inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057. En este expediente se resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 1, 2, 3, 5, 6.1 y 6.2 del Decreto Legislativo N° 1057, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional concluye que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios no es inconstitucional en la medida que se le considere un régimen laboral y se concedan, como mínimo, los derechos reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo. En este sentido, se colige que este régimen es uno de carácter laboral y, por lo tanto, junto con los regímenes laborales de la actividad privada y de la actividad pública forma parte de lo que puede denominarse el bloque de regímenes laborales de contratación en nuestro país.

Los puntos resaltantes de esta sentencia, entonces, vienen a ser dos: que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios no es uno meramente administrativo como señalaba el Decreto Legislativo N° 1057, sino que se trata de uno laboral –lo que implica la inserción de una serie de derechos y principios–, y que se reconoce el derecho a la libertad sindical y huelga, que tanto había sido criticado al aparecer el texto original del Decreto Legislativo N° 1057.

En suma, se concluye que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios no vulnera el test de igualdad, puesto que si bien es cierto se establecen distinciones con los otros regímenes, ello per se no implica la existencia de discriminación, en la medida que el trato diferenciado se justifica y que no se transgreden los derechos fundamentales mínimos.

-
- La incorporación, ya sea al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Pensiones.
 - Una indemnización por el despido injustificado equivalente a dos contraprestaciones mensuales como máximo.

- **Expediente N° 03818-2009-PA/TC:** en este caso, el Tribunal Constitucional señala que: “Los derechos y beneficios que reconoce el contrato administrativo de servicios como régimen laboral especial no infringen el principio-derecho de igualdad con relación al tratamiento que brindan el régimen laboral público y el régimen laboral privado, ya que los tres regímenes presentan diferencias de tratamiento que los caracterizan y que se encuentran justificadas en forma objetiva y razonable”.

En este caso, el Tribunal Constitucional reitera el error expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, en la medida que de ninguna manera es aceptable que se afirme que las diferencias existentes en cada uno de los regímenes se encuentran justificadas en forma objetiva y razonable, pues si bien en la forma ello podría admitirse, en el fondo –y en la realidad– ello no es así, dado que existen notorias desigualdades que se advierten en cuanto a la cantidad y calidad de los derechos laborales de los prestadores del servicio, más aún tratándose de personas que realizan la misma labor y que tienen un tratamiento jurídico injustificadamente menoscabado.

Contradictoriamente a su afirmación, y al apreciar el cercenamiento “legal” de derechos fundamentales como el derecho a la libertad sindical, entre otros, el máximo intérprete constitucional dispuso la restitución de los derechos que le han sido extraídos con el objeto de menguar las desigualdades. Es por ello que independientemente a los derechos concedidos en virtud a la sentencia del Expediente N° 00002-2010-PI/TC, se dictó el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, que precisó y modificó diversos artículos del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, entre otras normas.

- **Expedientes N°s 02690-2011-PA/TC y 03423-2011-PA/TC:** en estos casos, el supremo intérprete de nuestra Constitución mencionó que: “En el proceso de amparo resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Por lo tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del contrato administrativo de servicios”.

Ello no quiere decir otra cosa más que, a juicio del Tribunal Constitucional, el periodo laborado de manera fraudulenta antes de la celebración de los correspondientes contratos administrativos de servicios es susceptible de ser reclamado judicialmente, y como tal –observando la abundante jurisprudencia sobre el caso de los servicios no personales– muy probablemente implicará el reconocimiento de una relación laboral y la

restitución de todos los derechos y beneficios que emanan de dicha relación según el régimen laboral pertinente.

Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, este reconocimiento jurídico no enerva en nada la validez de los contratos de servicios, siendo por lo tanto estos “invulnerables” incluso frente a principios como el de la condición más beneficiosa o el de progresividad y no regresividad. Y a pesar de que se trata de un absurdo, el referido tribunal ha convalidado esta situación al hacer resistente al contrato administrativo de servicios, incluso poniéndolo por encima de derechos fundamentales.

En estas sentencias, también se aborda un tema esencial: el de la protección frente al despido arbitrario. En este caso se afirmó que: “[E]ste Tribunal concluye que el régimen de protección sustantivo-preventivo del contrato administrativo de servicios es compatible con la Constitución. En todo caso, debe precisarse que los términos ‘contratado’ y ‘resuelve o no el contrato’ del numeral 13.2 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM deben ser entendidos como “trabajador” y “extingue o no el contrato”.

Como es fácil advertir, para el Tribunal Constitucional la indemnización contenida en el numeral 13.3 del artículo 13° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, cumple con los criterios de protección contra el despido injustificado – incluidos los presentados en las sentencias recaídas en los Expediente N°s 976-2004-AA/TC y 0206-2005-PA/TC– a pesar de que esta puede llegar a ser sustancialmente menor a la otorgada –por ejemplo– en el régimen laboral privado tratándose de los trabajadores contratados mediante contratos sujetos a modalidad, no llegando a justificar el por qué de la diferencia cualitativa.

En esta línea, subsanando el vacío legal contenido en el Decreto Legislativo N° 1057 y en su reglamento, el Tribunal Constitucional establece que si el despido se produce por terminación injustificada, el empleador tiene la obligación de pagar automáticamente al trabajador la indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses, siendo que de no abonar en forma automática la indemnización, el trabajador podrá interponer la demanda correspondiente.

Asimismo, señala que si el trabajador considera que no ha cometido la falta imputada que sustenta su despido o este constituye una sanción desproporcionada, podrá interponer una demanda solicitando que se le abone una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses.

- **Expediente N° 3376-2011-PA/TC:** en esta sentencia, luego de haber corroborado que el demandante fue despedido antes de la fecha en que vencía su contrato, el Tribunal Constitucional señaló que debía aplicarse la

protección regulada en el numeral 13.3 del artículo 13º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, y en consecuencia, es la autoridad judicial la que debía determinar el pago correspondiente. En todo caso se limitó a precisar que como la extinción del contrato administrativo de servicios del demandante se produjo antes de que se publicara la sentencia del Expediente N° 03818-2009-PA/TC, no resulta aplicable la interpretación efectuada en el segundo punto resolutivo de la sentencia mencionada. En otras palabras, solo se limitó a reiterar el vacío normativo, sin enfrentar ese hecho y darle solución.

- **Expedientes N°s 03505-2010-PA/TC y 03523-2011-PA/TC:** en estas sentencias el Colegiado resuelve un caso en donde un trabajador sujeto al régimen especial de contratación administrativa de servicios continuó laborando pasada la fecha de vencimiento de su contrato de trabajo y fue despedido tiempo después de ese suceso.

Hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de julio de 2011, ni el Decreto Legislativo N° 1057 ni su reglamento preveían las consecuencias de trabajar después de la fecha de vencimiento del plazo del contrato administrativo de servicios, siendo por lo tanto que estábamos frente a un vacío legal, del cual se podrían desprender cuatro interpretaciones: a) que al no haber contrato de ningún tipo, se entiende el nacimiento de una relación laboral bajo el régimen laboral de la actividad privada o pública, según lo que rija en la entidad; b) que el contrato se torna de plazo indefinido; c), que el contrato se extiende hasta el límite legal establecido, esto es, hasta el vencimiento del año fiscal vigente; y, d) que no se entiende la prórroga automática del contrato y, por lo tanto, la entidad puede resolverlo en cualquier momento.

Si bien lo más lógico, tuitivo y coherente sería aplicar la interpretación aludida en el acápite a, a consideración del Tribunal Constitucional el Contrato Administrativo de Servicios se prorroga en forma automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios, siendo que este hecho no genera que el contrato administrativo de servicios se convierta en un contrato de duración indeterminada –debido a que el artículo 5º del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, prescribe que la “duración del contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación”–, sino que se extiende hasta el límite legal permitido, esto es, hasta el vencimiento del año fiscal vigente.

No obstante este criterio, y así la entidad tenga conocimiento de esta prórroga automática, esta igualmente puede despedir al trabajador sin que este último pueda hacer mucho para protegerse, pues al margen de que tiene vedada la reposición, a lo más que podrá aspirar es al pago de una indemnización equivalente a dos remuneraciones.

Siendo así, si el trabajador fue contratado por los tres primeros meses del año, y vencido el tercer mes siguió prestando servicios sin ningún contrato, a la luz de esta sentencia entonces se entendería que su vínculo contractual se extiende hasta finales de ese año, por lo que podríamos afirmar que su contrato se extendió por 9 meses más. Pero a pesar de esta situación –que en buena cuenta es un derecho del trabajador–, la entidad a su vez tiene el derecho a pasar por encima de ella, ya que podrá despedir al trabajador en cualquier momento, bastándole para ello solo abonarle un pago de dos remuneraciones en calidad de indemnización.

A pesar de este criterio jurisprudencial, con fecha 27 de julio de 2011 se expidió el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, que, en otros aspectos, modificó el artículo 5° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, estableciéndose en esta norma que en caso el trabajador continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación, el plazo de dicho contrato se entiende automáticamente ampliado por el mismo plazo del contrato o prórroga que esté por vencer, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los funcionarios o servidores que generaron tal ampliación automática.

Como es fácil inferir, la supuesta tutela que ha pretendido brindar el Tribunal Constitucional en sus sentencias y la que ahora se establece en ley, es insuficiente, pues es claro que en casos como el reseñado o similares se vaciará de contenido al derecho al trabajo, concluyéndose finalmente que estos “trabajadores” no tienen una “adecuada protección contra el despido arbitrario”.

- **Expedientes N°s 01648-2011-PA/TC y 03931-2011-PA/TC:** en estos casos se desarrolla lo referente a los trabajadores que luego del vencimiento de sus respectivos contratos administrativos de servicios, siguieron laboral pero en mérito a contratos civiles. Este tema ha resultado muy controvertido, pues en las sentencias bajo comentario, el Tribunal Constitucional concluye que si bien los contratos civiles son inválidos por encubrir fraudulentamente una relación laboral, que esto no supone la existencia o creación de una relación laboral bajo el régimen laboral privado o público, según corresponda, sino la prórroga de los contratos administrativos de servicios bajo los criterios antes expuestos.

De esta manera, precisa el Tribunal Constitucional que “si bien los contratos civiles celebrados entre las partes encubrieron una relación laboral, ello no genera que la relación laboral encubierta se encuentre regulada por el régimen laboral del Decreto Supremo N° 003-97-TR, pues antes de los contratos civiles el demandante venía trabajando mediante contratos administrativos de servicios”, por ello es que colige que debe entenderse su prórroga en los términos establecidos en su propia jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, se señala que el demandante tiene expedita la vía ordinaria para demandar el abono de sus beneficios sociales no percibidos, y la correspondiente indemnización.

Con este criterio el Tribunal Constitucional blindo a las instituciones públicas frente a sendos errores y abusos que cometen, y parece indicarnos que las personas que en algún momento ha suscrito contratos administrativos de servicios, están condenadas a tener ese régimen hasta que deje de existir, pues a pesar de la ocurrencia de una u otra situación que pareciera indicarnos el nacimiento de otro tipo de relación, siempre prevalecerá el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

- **Expediente N° 01154-2011-PA/TC:** en esta sentencia el supremo intérprete de nuestra Constitución resuelve una causa en donde se alega la existencia de un despido incausado. Alega la demandante que inició prestando servicios para la entidad pública a través de contratos de trabajo sujetos a modalidad, pero luego del vencimiento de ellos, fue contratada en virtud a sendos contratos de locación de servicios, sin embargo, al vencimiento de estos, siguió prestando sus servicios, pero esta vez en mérito a contratos administrativos de servicios, pero luego del vencimiento del plazo de estos, fue nuevamente contratada mediante contratos de locación de servicios, siendo despedida estando con dicha condición jurídica.

Teniendo en consideración el absurdo criterio vertido por el Tribunal Constitucional en las sentencias de los Expedientes N°s 01648-2011-PA/TC y 03931-2011-PA/TC, tendríamos que lo que ha resolverse es que, luego de declarada la invalidez de los contratos de locación de servicios por ser estos fraudulentos, se entiende la prórroga de los contratos administrativos de servicios, estableciéndose que la relación entre las partes continúa rigiéndose por el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Sin embargo, lo desarrollado en la sentencia del Expediente N° 01154-2011-PA/TC toma otro rumbo, totalmente coherente con el carácter tuitivo del Derecho del trabajo y con los principios que lo inspiran, pues en este caso se resuelve que la relación contractual entre las partes se ha desnaturalizado, estableciéndose que entre las partes existe una relación laboral sujeta al régimen laboral de la actividad privada, y por lo tanto el trabajador no puede ser despedido sino por una causa debidamente justificada.

De esta manera, el Tribunal Constitucional menciona lo siguiente:

“Así las cosas y atendiendo al carácter irrenunciable de los derechos laborales que preconiza el artículo 26° de la Constitución, resulta relevante destacar la continuidad en las labores administrativas realizadas por la demandante independientemente de la modalidad de su contratación, hecho que permite concluir que los supuestos contratos de locación de servicios y contratos administrativos de servicios encubrieron, en realidad, una relación de naturaleza laboral y no civil, por lo que la actora solamente podía ser despedida por

causa derivada de su conducta o capacidad laboral que lo justifique, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

En consecuencia, se ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria del proceso de amparo, procede la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando”.

A pesar de no ser muy expresiva a lo largo de sus considerandos, esta sentencia arroja dos puntos claves para el diagnóstico: por un lado, la importancia que se le otorga al periodo laborado antes de la suscripción del contrato administrativo de servicios; y, por otro lado, el criterio que debe tenerse en cuenta en los casos en que el trabajo continúa prestando sus servicios a pesar del vencimiento del plazo del contrato administrativo de servicios.

Con respecto a lo primero, consideramos que el Tribunal Constitucional haría verdadera justicia si entiende que un contrato administrativo de servicios que precede una relación contractual fraudulenta –al encubrir una relación laboral plena y jurídicamente constituida– es inválido. Y decimos ello porque si tenemos en cuenta que el contrato de trabajo es un contrato de realidad, que no requiere de la suscripción de un documento, sino básicamente de su ejecución para existir, al margen de la no percepción de los derechos y beneficios que no se han perdido y que ser podrán reclamados extra o judicialmente, es totalmente inconstitucional que se pase de tener un contrato de trabajo a un contrato administrativo de servicios, que concede menores derechos. Y esto es claro, ya que nuestra Constitución establece en su artículo 23º que: “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”, y que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, de allí que el trabajo no pueda ser descendente e impropio⁴, sino todo lo contrario, pues precisamente uno de los fines del Derecho del trabajo es la progresión, ascensión y mejora de las condiciones de trabajo, lo cual no se lograría si se acepta la tesis de pasar de un contrato de trabajo a un contrato administrativo de servicios.

Con relación a lo segundo, y en el entendido de que lo que se analiza en concreto es lo que sucede con el periodo laborado sin contrato, y de que se asume que en ese caso se configura una relación laboral, estimamos que es importante la re-afirmación en su máxima expresión del principio de primacía de la realidad, pues no encontramos justificación para que cuando una persona que ha estado laborando en mérito a contratos administrativos de servicios, siga prestando sus servicios a pesar del vencimiento del plazo de tales contratos, se entienda se entienda la prórroga de dichos contratos,

⁴ En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 12, se desarrolló lo pertinente al contenido esencial del Derecho al trabajo, indicando que este supone un desarrollo progresivo –y no regresivo– del trabajo y de todo lo que ello conlleva.

pues sencillamente allí se genera una relación de trabajo sujeta al régimen laboral correspondiente.

Y esto que decimos encuentra justificación en el desarrollo jurisprudencial que ha expuesto en Tribunal Constitucional en estos últimos y años, y en especial en la sentencia del Expediente N° 00002-2010-PI/TC, en donde se ha confirmado que el régimen especial de contratación administrativa de servicios es justamente un “régimen especial”, el cual para existir y subsistir deberá cumplir con las formas, requisitos y condiciones necesarias, puesto que de no cumplirse con ello no podrá asumirse su existencia, pues sencilla y jurídicamente no existe, siendo esto lo norman en un “régimen especial”; por consiguiente, al no existir, corresponde aplicar el régimen general laboral, que podrá el privado o el público, según sea el caso.

- **Expedientes N°s 03390-2011-PA/TC y 04866-2011-PA/TC:** en estas sentencias, el Tribunal Constitucional resuelve una causa muy similar a la contenida en los Expedientes N°s 03505-2010-PA/TC y 03523-2011-PA/TC. Se trata del caso de los trabajadores que continuaron prestando servicios a pesar de que formalmente el plazo del contrato administrativo de servicios ya había caducado. La diferencia es que al expedirse las sentencias de los Expedientes N°s 03390-2011-PA/TC y 04866-2011-PA/TC ya se encontraba vigente el nuevo texto del numeral 5.2 del artículo 5° del Decreto Supremo N° 075-2008-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 065-2011-PCM

En este caso, el Tribunal Constitucional reafirma que el contrato administrativo de servicios se prorroga en forma automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios; sin embargo, esta prórroga no genera que el contrato administrativo de servicios se convierta en un contrato de duración indeterminada, debido a que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM prescribe que la “duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación”, y el numeral 5.2 de dicho artículos, modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, establece que en caso el trabajador continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación, el plazo de dicho contrato se entiende automáticamente ampliado por el mismo plazo del contrato o prórroga que esté por vencer.

- **Expediente N° 03726-2012-PA/TC:** finalmente, en esta sentencia del supremo intérprete de nuestra Constitución, conforme el criterio respecto a que en el proceso de amparo no corresponde analizar si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios, los contratos civiles que suscribió el demandante fueron desnaturalizados, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituiría un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, lo que es constitucional.

Con esta sentencia el Tribunal Constitucional sigue manteniendo el criterio en virtud al cual la existencia de una relación laboral previa por la desnaturalización de un contrato irregular, no afecta en nada la validez del Contrato Administrativo de Servicios, siendo que este último se mantiene vigente.

Sin embargo, como daremos a conocer más adelante, este criterio resulta totalmente contradictorio con lo expresados en diversas casaciones por la Corte Suprema de Justicia de la República, la que ha dejado en claro que si previamente a la suscripción del Contrato Administrativo de Servicios existió una relación laboral, este sería inválido, por implicaría la existencia de una relación laboral –ya sea bajo el régimen laboral de la actividad privada o pública, según corresponda– con la entidad empleadora.

Pues bien, al margen de estos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, debemos indicar que el texto original del Decreto Legislativo N° 1057 y de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, ha ido variando por diversas normas modificatorias, las cuales pasamos a anotar:

- **Resolución Ministerial N° 417-2008-PCM:** mediante la cual se aprobó el modelo de Contrato Administrativo de Servicios. Esta norma hace formal el contrato, sin embargo, en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional ello ha quedado de lado, pues aún así no se respeten las formalidades, el contrato administrativo de servicios igualmente es válido.
- **Decreto de Urgencia N° 120-2009:** en virtud a esta norma se dictan las medidas urgentes sobre la exoneración para la aplicación del numeral 6.5 del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1057.
- **Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 107-2011-SERVIR-PE:** en mérito a esta norma se aprobaron las reglas y lineamientos para la adecuación de los instrumentos internos conforme a los cuales las entidades ejercen el poder disciplinario sobre los trabajadores contratados bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057.
- **Decreto Supremo N° 065-2011-PCM:** mediante esta norma se modifican los artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 11°, 12°, 13°, 15° y 16° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

En cuanto a los temas modificados, están los siguientes:

- a) Se adecua la naturaleza jurídica, definición del contrato administrativo de servicios y normas aplicables conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0002-2010-PI/TC;
- b) Se precisa y ajusta el procedimiento de contratación;

- c) Se clarifica lo referente a los impedimentos para contratar y prohibición de doble percepción;
- d) Se precisa lo referente a la duración del contrato administrativo de servicios, con especial énfasis en lo que ocurre cuando habiendo vencido el contrato administrativo de servicios el trabajador sigue prestando sus servicios;
- e) Se establecen las razones y los límites a la modificación contractual;
- f) Se establecen reglas más claras para el descanso físico del prestador de servicios;
- g) Se confirma la modalidad contractual de suplencia, pero además se regula lo referente a la suplencia ejercida por un trabajador que ya se encuentra contratado y viene prestando servicios al Estado, dejándose en claro que las acciones administrativas de desplazamiento de personal son la designación temporal, la rotación temporal, y la comisión de servicios;
- h) Se precisa que una causa de suspensión de las obligaciones del trabajador con contraprestación la constituye el ejercicio del derecho al descanso pre y post natal de noventa (90) días;
- i) Se incorpora como un supuesto de extinción del contrato administrativo de servicios la causal de decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o de las obligaciones normativas aplicables al servicio, función o cargo; o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas; asimismo, se establece el procedimiento de despido, y la obligación de la entidad en caso el cese sea injustificado;
- j) Se precisa que el órgano encargado de los contratos administrativos de servicios es la Oficina de Recursos Humanos de cada entidad o la que haga sus veces; y
- k) Se precisa que cabe el recurso de apelación contra las resoluciones emitidas por el órgano responsable, y qué casos es competente el Tribunal del Servicios Civil y en cuáles lo es el superior jerárquico del órgano emisor del acto impugnado.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM adicionar los artículos 8°-A, 11°-A, 11°-B, 11°-C, los literales d, e y f al artículo 12°.1, el artículo 15°-A, la Quinta Disposición Complementaria Transitoria, la Octava y la Novena Disposición Complementaria Final al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, conforme al siguiente detalle:

- a) Se establece como derecho del trabajador el solicitar el correspondiente permiso por lactancia materna y licencia por paternidad.
- b) Se precisa que los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 1057 tienen derecho a constituir organizaciones sindicales, afiliarse a ellas, redactar sus estatutos, elegir libremente sus representantes, y organizar su administración y actividades, dejando en claro que no pueden sindicalizarse los trabajadores con poder de decisión, ni los que desempeñan cargos de confianza o de dirección;

- c) Se precisa que los trabajadores sujetos al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios tienen el derecho de huelga;
 - d) Se precisa que el ejercicio de los derechos colectivos se sujeta a los límites impuestos por normas imperativas, entre las que se encuentran, cuando corresponda, las presupuestales, que deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.
 - e) Se incorpora como causales de suspensión del contrato administrativo de servicios con contraprestación: la licencia con goce de haber, cuando corresponda conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1025, Decreto Legislativo que aprueba normas de capacitación y rendimiento para el sector público; el uso del descanso físico semanal, anual y del compensatorio por horas laboradas en sobretiempo; y el fallecimiento de cónyuge, concubina, padres, hijos o hermanos hasta por tres (3) días pudiendo extenderse hasta (3) tres días más cuando el deceso se produce en provincia diferente a donde labora el trabajador;
 - f) Se precisa los alcances del ejercicio de poder disciplinario;
 - g) Se establece que la competencia del Tribunal del Servicio Civil para los efectos previstos en el artículo 13.2, en el último párrafo del artículo 15-A y en el artículo 16 del presente Reglamento se sujeta a las reglas de implementación progresiva de funciones establecidas en la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 05-2010-SERVIR-PE, y demás disposiciones que emita SERVIR en el marco de su competencia;
 - h) Se establece que las consultas sobre la interpretación del régimen de contratación administrativa de servicios son absueltas por SERVIR en el marco de su competencia; y
 - i) Se precisa que al producirse la extinción del contrato administrativo de servicios, la entidad contratante debe proceder al pago de los derechos que correspondan al trabajador, como máximo, en la siguiente e inmediata oportunidad en la que ordinariamente abona la retribución a sus trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057.
- **Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales:** en virtud a esta norma se establece la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo N° 1057, precisándose que esta eliminación se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley.

Por otro lado, y a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, la Ley N° 29849 modifica los artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo N° 1057, estableciendo, en primer lugar, una definición más sensata del Contrato Administrativo de Servicios y, en segundo, otorgando mayores y mejores derechos para los contratados al amparo de este régimen.

Así, en cuanto al artículo 3° se establece que: “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”.

Y en lo que respecta al artículo 6°, se señala que el Contrato Administrativo de Servicios otorga al trabajador los siguientes derechos:

- a) Percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.
- b) Jornada máxima de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. Cuando labore en una entidad en la que existe una jornada de trabajo reducida establecida para los trabajadores sujetos a los regímenes laborales generales, le será aplicable tal jornada especial.
- c) Descanso semanal obligatorio de veinticuatro (24) horas consecutivas como mínimo.
- d) Un tiempo de refrigerio, que no forma parte de la jornada de trabajo.
- e) Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a los montos establecidos en las leyes anuales de presupuesto del sector público.
- f) Vacaciones remuneradas de treinta (30) días naturales.
- g) Licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales.
- h) Gozar de los derechos a que hace referencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- i) A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias.
- j) A afiliarse a un régimen de pensiones, pudiendo elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, y cuando corresponda, afiliarse al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
- k) Afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud. La contribución para la afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.
Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico o licencia pre y post natal, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de EsSalud y la remuneración mensual del trabajador.
- l) Recibir al término del contrato un certificado de trabajo.

Asimismo, esta norma señala que los derechos reconocidos se financian con cargo al presupuesto institucional de cada entidad o pliego institucional, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Ahora bien, la Ley N° 29849 incorpora al Decreto Legislativo N° 1057 los artículos 8°, 9°, 10°, 11° y 12°, sobre el concurso público, las obligaciones y responsabilidades administrativas de los trabajadores, las causas de extinción del contrato, boletas de pago y régimen tributario. Lo más relevante es lo contenido en los artículos incorporados 9° y 10°.

Así, el primero de ellos establece que: “Son aplicables al trabajador sujeto al Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo N°1057, en lo que resulte pertinente, la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público; la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y las demás normas de carácter general que regulen el servicio civil, los topes de ingresos mensuales, la responsabilidad administrativa funcional y/o las disposiciones que establezcan los principios, deberes, obligaciones, incompatibilidades, prohibiciones, infracciones y sanciones aplicables al servicio, función o cargo para el que fue contratado; quedando sujeto a las estipulaciones del contrato y a las normas internas de la entidad empleadora”. Asimismo, dicha norma indica que: “El procedimiento disciplinario aplicable a los trabajadores del presente régimen se establece mediante norma reglamentaria”.

Por su parte, el artículo 10° incorporado establece que el Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:

- a) Fallecimiento.
- b) Extinción de la entidad contratante.
- c) Renuncia. En este caso, el trabajador debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad, por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.
- d) Mutuo disenso.
- e) Invalidez absoluta permanente sobreviniente.
- f) Resolución arbitraria o injustificada.
- g) Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.
- h) Vencimiento del plazo del contrato.

Se precisa, finalmente, que 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.

Pues bien, pero eso no es todo, en los últimos meses, la Corte Suprema de Justicia de la República ha emitido una serie de pronunciamientos, que en buena cuenta enmiendan y precian los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Y decimos ello porque en su abundante jurisprudencia no solo ha precisado, entre otros, los alcances de la sentencia recaída en el

Expediente N° 00002-2010-PI/TC, sino que ha presentado criterios disímiles a los expuestos en su momento por el Tribunal Constitucional. A continuación hacemos un recuento de ello.

- **Casación Laboral N° 1642-2012-La Libertad:** que se pronuncia sobre la naturaleza del Contrato Administrativo de Servicios y sobre la “real” constitucionalidad del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. Así, en esta ejecutoria casatoria se señala lo siguiente:

“En esta línea, y refiriéndonos específicamente a la sentencia constitucional antes aludida, el Tribunal Constitucional indicó que este régimen de contratación administrativa de servicios era constitucional, sobre la base de dos argumentos centrales; el primero de ellos, por cuanto era un régimen laboral especial dado que reconocía todos los derechos laborales individuales que proclama la Constitución a favor de los trabajadores, a pesar de la calificación inicial asignada por el legislador delegado, quien lo denominó como un “trabajo no autónomo”; y, el segundo, porque los derechos y beneficios que reconoce el régimen de contratación administrativa de servicios, como un régimen laboral especial, no infringe el principio-derecho de igualdad con relación al tratamiento que brindan el régimen laboral público y el régimen laboral privado, ya que los tres regímenes presentan diferencias en el tratamiento que los caracterizan y que se encuentran justificadas en forma objetiva y razonable. [...]. La interpretación de la sentencia recaída en el expediente N° 00002-2010-PI/TC a través de la cual se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad incoada contra el Decreto Legislativo N° 1057, permite colegir con meridiana claridad que, lo que rigor se dispuso con la misma es la validez, entiéndase la compatibilidad, de dicha norma con la Constitución del Estado, pero desde la fecha de su entrada en vigencia, esto es, a partir del veintiocho de junio de dos mil ocho. Así las cosas, no obstante que se establezca que para acceder a tal contratación basta su sola suscripción; dicha conclusión debe necesariamente enmarcarse en el fundamento de la ratio decidendi de la sentencia constitucional, cuál es –según se desprende de su texto-, la inexistencia de relación laboral alguna (encubierta o no bajo otra forma contractual) y el empleo de la contratación administrativa de servicios como medio de mejoramiento de tal condición del servidor”.

- **Casación Laboral N° 628-2012-La Libertad:** que se refiere a la correcta interpretación de la sentencia del Expediente N° 00002-2010-PI/TC, y a partir de esta cuándo es válido y compatible con la Constitución el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. En este caso se señala lo siguiente:

“La interpretación de la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC a través de la cual se declaró infundada la demanda de

inconstitucionalidad incoada contra el Decreto Legislativo N° 1057, permite colegir con meridiana claridad que, lo que en rigor se dispuso con la misma es la validez, entiéndase la compatibilidad, de dicha norma con la Constitución Política del Estado, pero desde la fecha de su entrada en vigencia, esto es, a partir del veintiocho de junio de dos mil ocho. Así las cosas, no obstante que se establezca que para acceder a tal contratación basta su sola suscripción (Fundamento N° 17 de la sentencia del Expediente N° 00002-2010-PI/TC); dicha conclusión debe necesariamente enmarcarse en el fundamento de la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, cuál es –según se desprende de su texto– la inexistencia de relación laboral alguna (encubierta o no bajo otra forma contractual) y el empleo de la Contrato Administrativo de Servicios - CAS como medio de mejoramiento de tal condición del servidor”.

- **Casación Laboral N° 44-2012-La Libertad:** que señala que en la sentencia del Expediente N° 00002-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional solo se ha pronunciado sobre aquellos casos en los que el primer contrato de quien presta el servicio es un Contrato Administrativo de Servicios, pero no se ha pronunciado respecto del caso en que, previamente a la suscripción del Contrato Administrativo de Servicios, ya había una relación laboral

“[E]l Supremo Intérprete de la Constitución no ha sentado jurisprudencia sobre la legitimidad y licitud del pase de un contrato de trabajo a plazo indeterminado del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 a un contrato CAS, sin solución de continuidad”.

- **Casación Laboral N° 1642-2012-La Libertad:** que se pronuncia sobre los casos en los cuales previamente a la suscripción del Contrato Administrativo de Servicios ya existía una relación laboral, concluyéndose en que sí ello ocurrió el Contrato Administrativo de Servicios es inválido.

“[E]sta regla de preferencia del vínculo indeterminado de un contrato de trabajo por sobre la formalidad de la suscripción de un contrato administrativo de servicios (CAS) debe también observar que el periodo anterior –y– respecto del cual se predica la invalidez de la posterior contratación CAS, efectivamente se encuentre desnaturalizada, sea cuando se trate de contratos por servicios no personales o locación de servicios, o cuando medien contratos modales (plazo fijo); pues, de modo contrario, es decir, cuando la modalidad contractual utilizada sea válida no sólo formalmente sino también en los hechos, la validez del régimen de contratación administrativa de servicios prevalece. [...]. En este marco fáctico y jurídico reseñado precedentemente, la utilización de una contratación administrativa de servicios, no resultaba aplicable; en principio, porque la demandante ya venía gozando –en la práctica y en aplicación del principio de primacía de la realidad–, de un estatuto laboral protector bajo los alcances del régimen laboral privado

(Decreto Legislativo N° 728); y, en este devenir, su contratación no podía ser novada por otra, que si bien ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como 'laboral', no predica respecto del personal dependiente del Estado, los mismos derechos que aquellos adscritos al régimen privado”.

- **Casación Laboral N° 10-2012-La Libertad:** que se refiere a que el Contrato Administrativo de Servicios no puede ocultar y desconocer una legítima relación laboral de plazo indefinido, señalándose lo siguiente:

“[L]os Juzgados de Trabajo en reiteradas oportunidades han declarado la existencia de desnaturalización en casos de uso fraudulento de la contratación civil (incluso en la laboral de carácter modal), evidenciando así un contrato de trabajo a tiempo indeterminado. En consecuencia, este extremo del recurso deviene en infundado, máxime si se ha demostrado fehacientemente, [...], que el demandante antes de la suscripción de los contratos administrativos de servicios, ostentaba respecto de su empleadora Municipalidad Distrital de Casa Grande, un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y como tal, había incorporado a su patrimonio de derechos subjetivos todos los otorgados por el régimen laboral privado, entre los que destacan, la vocación de continuidad (permanencia) del vínculo; razón por la cual –además– no podía modificar este status laboral, en aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos y principio protector”.

- **Casación Laboral N° 1911-2012-Del Santa:** esta ejecutoria casatoria determina que los Contratos Administrativos de Servicios son inválidos si se celebran para sustituir a un contrato de trabajo. Así, se expresa lo siguiente:

“[S]egún se verifica del petitorio de la demanda, obrante a fojas treinta y dos, que el demandante pretende además del pago de beneficios sociales y reintegro de remuneraciones, la “nulidad del acto jurídico laboral contenido en los contratos administrativos de servicios (CAS), elaborados por la municipalidad demandada a partir del año dos mil nueve”; en tal sentido, alega que inicialmente desde el diez de enero de dos mil cinco estuvo suscribiendo contratos de locación de servicios, los mismos que se desnaturalizaron en tanto encubrieron contratos de trabajo, fundamentalmente porque el demandante siempre se ha desempeñado como persona natural y no como persona jurídica, prestando personalmente el servicio, teniendo la obligación de presentar informes mensuales del trabajo realizado, el mismo que era supervisado por el órgano competente; asimismo, en el presente caso se le entregaba los enseres y herramientas de trabajo. No obstante ello, a partir del dos de enero de dos mil nueve suscribe contratos administrativos de servicios –en adelante CAS-, recortando así los beneficios inherentes al régimen laboral primigenio que ostentaba, lo que en rigor implica un acto de renuncia a los

derechos reconocidos por ley y que ya poseía al momento de suscribir los contratos CAS; en consecuencia, no podía modificarse *in peius* las condiciones, derechos y beneficios laborales con motivo de una ley posterior al ser un acto que encierra vicios de ilicitud, máxime si el Tribunal Constitucional al declarar constitucional el Contrato Administrativos de Servicios - CAS se ha referido a aquellos contratos celebrados conforme a la Constitución Política del Estado, empero en modo alguno a aquellos contratos administrativos de servicios que han sido desnaturalizados o mal utilizados, sirviendo de sustento para defraudar a la ley”.

También en la Casación Laboral N° 1911-2012-Del Santa, la Corte Suprema ha establecido un criterio importante respecto al juez competente para conocer las pretensiones de desnaturalización de los Contratos Administrativos de Servicios. Así, a pesar de que el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 establece que: “Agotada la vía administrativa, se puede acudir a la sede judicial conforme a las reglas del proceso contencioso administrativo”, jurisprudencialmente se ha establecido los juzgados laborales son los competentes para conocer casos de desnaturalización de los Contratos Administrativos de Servicios. Así, se manifiesta lo siguiente:

“[A] pesar de los hechos expuestos por el demandante, ambas instancias de mérito han declarado improcedente la demanda basándose fundamentalmente en que la acción de nulidad de los Contratos Administrativos de Servicios debe ser tramitada, previo agotamiento de la vía administrativa, en el proceso contencioso administrativo de conformidad con el artículo 16° del Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, [...], la motivación esgrimida por las instancias omite, en principio considerar que, merced a lo previsto en el artículo 2°, inciso 1 de la Ley N° 29497, los juzgados laborales son competentes para conocer –en proceso ordinario laboral–, ‘todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales [...] originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios [...]’; en efecto, esta competencia omnicomprendiva de los conflictos que pueden ser sometidos a la jurisdicción especialidad laboral, permite –ahora– que no exista duda respecto a la facultad del juez de trabajo para conocer no sólo pedidos de reconocimiento de obligaciones laborales provenientes de la existencia de un contrato de trabajo, sino que también permite, el avocamiento a conflictos originados con motivo de la ‘prestación personal de servicios’ cuya laboralidad se alega, ello independientemente de las circunstancias anteriores y/o posteriores a su nacimiento; que, esta facultad se ve reforzada en lo previsto en el artículo 2°, literal I de la Ley N° 29497, que regula además de las competencias ya enunciadas, a todas ‘aquellas materias, que a criterio del juez, en función de su especial naturaleza, deban ser

ventiladas en el proceso ordinario laboral', disposición con la que le compete al órgano jurisdiccional por razón de su especialidad en el conocimiento de causas laborales, el disponer el conocimiento de un conflicto judicializado en donde se invoque la presencia de los elementos de un contrato de trabajo, entre otros aspectos”.

2. Actualidad del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. Cuestionamiento resuelto con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00014-2012-PI/TC

Con fecha 8 de mayo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional expidió la sentencia recaída en el Expediente N° 00014-2012-PI/TC, en virtud a la cual resuelve declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad incoada por el Colegio de Abogados de Puno contra la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales.

2.1. Fundamentos de la demanda

La pretensión de la demandante se basaba en el hecho de que dicha ley vulnera los siguientes artículos de la Constitución: 2º.2 (igualdad ante la ley), 22º (el trabajo como deber y derecho), 23º (el trabajo como objeto de atención prioritaria por el Estado), 24º (derecho a una remuneración equitativa y suficiente) y 26º.1 (respeto al principio de igualdad de oportunidades).

Y ello en razón de lo siguiente:

- Los trabajadores sujetos al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios no son tratados como los trabajadores que pertenecen a los regímenes laborales público y privado en cuanto a los derechos y beneficios que perciben. Y esta desigualdad se agrava porque los derechos reconocidos a partir de la modificación del artículo 6º del Decreto Legislativo N° 1057 modificado por la Ley N° 29849, “se financian con cargo al presupuesto institucional de cada entidad o pliego institucional, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público”.
- Los trabajadores del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios no tienen iguales oportunidades y padecen discriminación frente a los trabajadores que pertenecen a los regímenes laborales público y privado. Y ello se presenta porque en estos últimos se da la estabilidad necesaria para una carrera de ascensos, lo que no ocurre con la Ley N° 29849, que tiene vocación de inestabilidad y volatilidad. Esta última norma en su Primera Disposición Complementaria y Transitoria prevé la eliminación del CAS de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil, para lo cual las leyes anuales de presupuesto del sector público establecerán los porcentajes de ingreso para el nuevo Régimen del Servicio Civil.

- La naturaleza de trabajo que implica la Ley N° 29849, es la de un trabajo precario con derechos no efectivos, dado que se financian con los recursos de su presupuesto y no pueden demandar recursos adicionales; de modo que los derechos serían inciertos porque no están financiados.
- Los mayores derechos remunerativos otorgados por la Ley N° 29849, al no ser efectivos, no constituyen derechos remunerativos equitativos ni suficientes respecto de los trabajadores de los regímenes laborales público y privado, pues no se encuentran debidamente financiados, por lo que hay riesgo que no se paguen, por lo que perjudicarían los presupuestos familiares y las proyecciones de gastos de los trabajadores CAS y el bienestar material de sus familiares.
- Ningún contrato de trabajo puede ser obstáculo para que los trabajadores puedan hacer valer los derechos que la Constitución les reconoce; sin embargo, ello no ocurre con la Ley N° 29849, porque: a) al no existir el nuevo Régimen de Servicio Civil, el CAS deviene en régimen permanente; b) la Ley N° 29849 es discriminatoria, pues impide que los trabajadores del CAS reclamen sus derechos, ya que de hacerlo hay una amenaza real e inminente de que sus contratos no sean renovados, lo que perenniza el abuso y la precariedad laboral; c) la protección contra el despido arbitrario del artículo 27° de la Constitución se torna ilusoria porque la norma impugnada dispone que el contrato CAS se extingue por la resolución arbitraria e injustificada; y d) la Ley N° 29849 desconoce el principio de primacía de la realidad, pues a pesar de que los trabajadores CAS son trabajadores que están en una relación laboral, les configura un estatus distinto acercándolos a los contratos de servicios no personales de locación de servicios.

2.2. Fundamentos de la contestación de la demanda

Ante ello, el Congreso de la República contesta la demanda por intermedio de su apoderado, solicitando que la demanda sea declarada infundada, por las razones que sucintamente se exponen a continuación:

- Los derechos otorgados por la norma impugnada no son expectaticios o ilusorios, porque su otorgamiento implica un gasto que el Estado debe asumir y está legalmente facultado a ejecutar, de conformidad con la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto; con la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público; y con la Constitución. Además, antes que entre en vigencia la norma objeto de control, ya se había dispuesto que los contratados bajo el régimen CAS percibieran una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.
- El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057 en la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC; no obstante, la constitucionalidad del Régimen Especial de

Contratación Administrativa de Servicios, al demandarse la inconstitucionalidad de la Ley N° 29849, se termina cuestionando su carácter transitorio. Además, el 4 de enero de 2013 el Poder Ejecutivo presentó el Proyecto de Ley que propone la Ley del Servicio Civil, de manera que se está avanzando hacia la eliminación progresiva del denominado Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, conforme a lo establecido en la Ley N° 29849.

- No es posible sostener que la ley impugnada otorga derechos “inciertos” a los contratados bajo el denominado Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, pues de acuerdo con la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, el Estado tiene el deber y la posibilidad de asumir y ejecutar el gasto generado por la disposición impugnada. Además, el gasto que ha sido generado, lo ha sido de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes
- Se considera erróneamente que se vulnera el derecho a una remuneración equitativa, por la existencia de un riesgo en cuanto a su pago, aunque el contenido de tal derecho está referido al monto de la remuneración que se percibe, cuando las modificaciones introducidas por el artículo 6° de la Ley N° 29849 al Decreto Legislativo N° 1057 no atentan contra el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, pues ha generado un gasto de conformidad con disposiciones constitucionales pertinentes, que el Estado debe asumir y debe estar facultado legalmente a ejecutar, pero no establece montos remunerativos que puedan ser calificados de inequitativos o insuficientes.
- Se cuestiona el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057, que establece que el Contrato Administrativo de Servicios se celebra a plazo determinado y es renovable, cuando el Tribunal Constitucional ya ha determinado su constitucionalidad. El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario es un derecho de configuración legal cuyo contenido puede ser desarrollado desde dos perspectivas; una sustantiva y otra procesal, sea que se trate de evitar o impedir el despido o reparar patrimonialmente las consecuencias de tal despido en el primer caso o se trate de restituir al trabajador en su centro de trabajo, en el segundo. Y en el caso concreto se trata de un supuesto de protección reparadora desde una perspectiva sustantiva, pues la protección adecuada está encaminada a reparar las consecuencias del despido arbitrario, conforme lo establece el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1057. Así, en caso de la resolución unilateral injustificada del contrato por parte de la entidad contratante, se debe entregar automáticamente una indemnización al trabajador, sin imponerle la carga de iniciar un proceso judicial para solicitarla. Por ello, no es posible sostener que la disposición impugnada es inconstitucional.
Asimismo, se afirma que pese a las modificaciones introducidas por la Ley N° 29849 al régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057, este continúa teniendo sus propias reglas de contratación, diferentes a las de los otros regímenes laborales enunciados precedentemente, por lo que sigue

siendo válido lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el sentido de que aquel no es un régimen complementario de los anteriores, por lo que no resulta necesario ni pertinente que se aplique el test de igualdad.

2.3. Análisis de la sentencia

Desde su existencia hasta la fecha, el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios ha sido varias veces abordado por la jurisprudencia laboral y constitucional nacional. Sin embargo, el punto álgido en esta evolución jurisprudencial se presentó cuando en la sentencia del Expediente N° 00002-2010-PI/TC el Tribunal Constitucional confirmó la “constitucionalidad” del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios y estableció ciertos parámetros que deberían ser observados por el legislador y, en general, para todo intérprete cuando se pretenda analizar este régimen.

Ahora tenemos un nuevo pronunciamiento del supremo interprete de nuestra Constitución, pero que ya no apunta a cuestionar al Decreto Legislativo N° 1057 y a su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, sino a la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional señaló que, así como en su momento resolvió que era constitucional la creación de un nuevo régimen laboral, la posterior eliminación de aquel no transgredía disposición alguna de la Norma Fundamental, en tanto no se ha acreditado la existencia de discriminación y que haya una vulneración al principio de igualdad de oportunidades; asimismo, se ha evidenciado que no es cierto que los derechos de este régimen se encuentren desfinanciados, y, del mismo modo, no es correcto afirmar que esta forma de contratación limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconoce o rebaja la dignidad del trabajador, ni tampoco lesiona el derecho fundamental al trabajo, más aún si este régimen sustituye a uno caracterizado por la precariedad e informalidad laboral.

No obstante lo indicado, en tanto ello estaba supeditado, conforme a lo regulado en la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 29849, a la creación del nuevo Régimen del Servicio Civil, así como al traslado progresivo de los trabajadores sujetos al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, el Tribunal Constitucional señala que es necesario que el Congreso de la República adopte las medidas legislativas idóneas para tal efecto. En este sentido, se conmina al Congreso de la República para que dicte la legislación que implemente el nuevo Régimen del Servicio Civil, y efectivamente haga que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios no sea uno de carácter permanente sino uno temporal y que progresivamente será eliminado. En esta medida, señala que, de continuar la omisión legislativa, corresponderá al juez constitucional llenar dicho vacío en vía interpretativa para evitar que el carácter transitorio del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios devenga en meramente especulativo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional precisa que deben adoptarse las previsiones para que las sucesivas leyes de presupuesto establezcan el porcentaje de trabajadores que irá progresivamente incorporándose de uno a otro régimen.

En suma, el Tribunal Constitucional descarta la tesis de la demandante, sin embargo, conmina al Poder Legislativo a que expida la Ley del Servicio Civil y fije el plazo durante el cual se realizará la adecuación al nuevo Régimen del Servicio Civil, asimismo, para que este poder del Estado produzca las normas que establezcan el porcentaje de trabajadores que se incorporarán al nuevo Régimen del Servicio Civil.

Sobre el particular, consideramos que la sentencia en comentario no se caracteriza por resolver asuntos controvertidos, sino por el contrario por poseer un mandato imperativo para el Congreso de la República respecto a la dación de la Ley del Servicio Civil y su total implementación.

Como es sabido, con fecha 3 de julio de 2013, el Congreso de la República aprobó el Proyecto de Ley N° 1846-2012/PE, siendo que producto de ello al día siguiente se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Conforme a la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30057, la implementación del régimen se realiza progresivamente, y concluye en un plazo máximo de seis (6) años, conforme a las reglas de gradualidad que establecen las normas reglamentarias, en el marco de la programación de las leyes anuales de presupuesto. De igual manera, como parte de su articulado y en otras disposiciones, la Ley N° 30057 ha establecido lo concerniente a las reglas y otros aspectos como parte de su implementación.

De este modo, queda claro que el mandato contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00014-2012-PI/TC ya habría sido cumplido con la expedición de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, quedando la dación de las normas complementarias y reglamentarias para la ejecución del proceso de incorporación al nuevo Régimen del Servicio Civil.

3. Conclusión

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00014-2012-PI/TC no hace más que confirmar la constitucionalidad y legitimidad del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios conforme fue determinado con la sentencia del recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC; sin embargo, consideramos que dicha “constitucionalidad” no debe ser entendida únicamente sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino también a la luz de la jurisprudencia expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Esta precisión nos lleva a colegir que todos los derechos y obligaciones, así como las normas establecidas para el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, serán aplicables en la medida que el Contrato Administrativo de Servicios sea válido, esto es, que cumpla no solo con las formalidades establecidas, sino también que observe los criterios establecidos jurisprudencialmente.